

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO VINÍCIUS STOPPA CARVALHO

AMICUS CURIAE
E A DEFENSORIA PÚBLICA

SÃO PAULO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO VINÍCIUS STOPPA CARVALHO

AMICUS CURIAE
E A DEFENSORIA PÚBLICA

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado
ao Curso de Pós-Graduação, como parte dos
requisitos para obtenção do título em
especialista em direito, na área de Processo
Civil, sob a orientação da Professora-
Orientadora Stella Economides Maciel.

São Paulo-SP
Março/2015

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, agradeço primeiramente aos meus pais, Roque da Cunha Carvalho Filho e Maria Cristina Stoppa Carvalho, que sempre me incentivaram e encorajaram nos estudos. Na conclusão de mais esta etapa em minha vida, meu eterno agradecimento a ambos por todo o esforço despendido em minha formação.

Agradeço também a todos os meus familiares, em especial, aos meus avôs, que carregarei sempre na memória.

Agradeço à Liliane, por todo companheirismo e apoio.

Agradeço por fim à professora Stella Economides Maciel, professora de processo civil da especialização da PUC-SP, que sempre soube instigar a reflexão acadêmica em suas aulas.

RESUMO

O presente trabalho, em síntese, pretende analisar o instituto do *amicus curiae* e ver, em que medida, e especialmente à luz da atual e novel legislação, poderia a Defensoria Pública atuar em demandas estratégicas para a concretização da promessa constitucional: a “promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados na forma do inciso LXXIV do artigo 5º desta Constituição Federal” (Art. 134 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014).

Inicialmente, traremos uma análise histórica do *amicus curiae*, analisando o direito comparado e as normas do direito pátrio que fariam alusão ao instituto, ainda que não haja unanimidade na doutrina.

Com base em toda a construção histórica e em elementos do direito comparado, tentaremos traçar as principais características do *amicus curiae* no direito brasileiro, experiência vivenciada com mais sentir apenas após os anos 2000 por nossos Tribunais. Na seqüência, será dedicado um breve estudo sobre a Defensoria Pública.

Adotadas as premissas acerca da natureza jurídica do *amicus curiae* e do perfil da instituição prevista no artigo 134 da Constituição Federal, desenvolver-se-á estudo sobre a possibilidade da Defensoria Pública promover os direitos humanos e a defesa dos necessitados sob a roupagem de tal instituto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. AMICUS CURIAE NO DIREITO COMPARADO E SUA ORIGEM NO BRASIL	8
2. EM BUSCA DA NATUREZA JURÍDICA DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO DIREITO BRASILEIRO	16
3. BREVES NOÇÕES ACERCA DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	54
4. A DEFESA DE INTERESSES PELO <i>AMICUS CURIAE</i> E A DEFENSORIA PÚBLICA	60
5. CONCLUSÃO	66
6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	69

“Nada é impossível de mudar. Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo. E examinai, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural nada deve parecer impossível de mudar.” (Bertold Brecht)

INTRODUÇÃO

A atuação de pessoas estranhas a lide sempre foi um dos temas mais tormentosos do direito processual civil brasileiro.

O termo *amicus curiae* é pouco utilizado no texto positivado brasileiro. Trata-se, em verdade, de um ser enigmático e misterioso, cuja natureza jurídica ainda não restou assentada pela doutrina e pela jurisprudência.

Até pouco tempo atrás, o único texto normativo brasileiro que teria se valido da nomenclatura *amicus curiae* teria sido a Resolução nº 390 do Conselho da Justiça Federal, de 17 de setembro de 2004. Com a redação do novo Código de Processo Civil brasileiro, carente apenas de sanção presidencial, o termo também constará de tal diploma legal.

Uma tradução vernacular do termo pode ser entendida como *amigo da cúria* ou da Justiça, segundo Paulo Rónai.¹ Contudo, por evidente, tal assertiva não basta para compreendermos adequadamente o instituto de relevante função e tradição nos países anglo-saxões e de imensurável novidade em nosso ordenamento jurídico.

E, logo de início, apresentamos uma questão de ordem que será explorada no trabalho: o *amicus curiae* realiza a defesa de interesses ou se presta apenas a fornecer elementos para uma melhor decisão? Em outras palavras, a partir da natureza jurídica do instituto, seria esse o mecanismo correto para a Defensoria Pública promover os direitos humanos e a defesa dos necessitados, quando não atuar na condição de parte?

O presente trabalho buscará problematizar com tais questões, partindo inicialmente do estudo da origem do *amicus curiae* e sua conformação no direito comparado.

Com isso, será menos tormentoso entender a sua natureza jurídica e seus limites de aplicação no Brasil, em especial em face das normas já existentes, bem como sua previsão no Código de Processo Civil recentemente aprovado.

Na seqüência, abordaremos ainda que sucintamente questões relacionadas à Defensoria Pública, objetivando desvendar o seu perfil constitucional e suas funções institucionais.

A partir da abordagem da natureza do *amicus curiae* e da Defensoria Pública, enquanto instituição responsável por assegurar o acesso à Justiça aos necessitados, será analisado se é juridicamente possível aceitar a intervenção da Defensoria Pública a título de *amicus curiae* para a defesa dos direitos dos necessitados, ainda que não exerça a representação processual.

¹ RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim*, 5ª edição, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1980, p. 25

Por fim, buscaremos na medida do possível tratar do Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no tema estudado, tentando nos antecipar às possíveis alterações vindouras.

1. AMICUS CURIAE NO DIREITO COMPARADO E SUA ORIGEM NO BRASIL

Entender a origem dos institutos jurídicos é fundamental para a verdadeira compreensão de seus significados e para a sua posterior aplicação no mundo jurídico hodierno. Em se tratando do estudo do *Amicus Curiae*, o aporte histórico a partir do direito comparado é fundamental, posto que o instituto de tradição secular nos países da *commom Law* ganhou maior vigor no direito brasileiro apenas em 10.11.1999, com a Lei nº 9.868/99 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade).

a) Direito Romano ou Anglo-Saxônico?

A origem do *amicus curiae* é controversa. Para alguns o instituto processual surgiu no direito romano, de sorte que os *amici* seriam os advogados responsáveis por aconselhar e auxiliar os juízes na resolução de conflitos. Com efeito, na República Romana os magistrados dos judiciários (*in iure*) e os juízes populares (*apud iudicem*) tinham assessores para emitirem sua opinião, os quais compunham o *consilium*².

Nesse sentido, BISCH afirma: “Destarte, embora o Direito Romano não fizesse referência a tais auxiliares como *amici curiae*, não é insensato apontar que a raiz do instituto esteja nos mencionados “conselheiros”, os quais, vale destacar, advogados não eram.”³

No entanto, os membros do *consilium* não tinham a possibilidade de intervenção por iniciativa própria bem como deveriam atuar sempre com imparcialidade, razão pela qual muitos reputam a origem do *amicus curiae* ao direito anglo-saxônico.⁴ Acerca de tais diferenças, SCARPINELLA BUENO⁵ esclarece, citando Giovanni Criscuoli:

“É justamente por essa razão, isto é, pela natureza de sua intervenção (sempre provocada) e pela liberdade de sua atuação (sempre *neutra*),

² TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luis Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.54-55. Nesse sentido: “(...) o processo se iniciava *in iure*, diante do pretor (detentor da *iurisdictio*) incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da controvérsia; e, em sequência *apud iudicem*, perante o *iudex unus*, que, assistido de um *consilium* integrado por membros de sua confiança (a exemplo daquele que auxiliava o magistrado), tomava conhecimento do litígio a ele submetido e julgava soberanamente, em nome do povo romano”

³ BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade – Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 19.

⁴ SILVESTRI, Elisabeta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LI, n. 3, setembro de 1997, p. 679-680.

⁵ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 113.

que Giovanni Criscuoli estrema aquela figura do direito romano do *amicus curiae*. Este, desde suas mais remotas origens no direito inglês (v. item 2, *infra*), pode comparecer espontaneamente perante o juízo e, mais do que isso, pode, eventualmente, pretender fornecer elementos úteis (de acordo com seu próprio convencimento) para a vitória de um dos sujeitos integrantes dos pólos da relação processual”

Vale observar que mesmo na *commom Law*, inicialmente ao *amicus curiae* era atribuída a função de apontar erro manifesto em processos ou trazer informações relevantes contidas em precedentes judiciais e em *statues* não conhecidos ou ignorados pelos juízes. Assim, há quem sustente que ainda no modelo inglês a função originária era de *oral Shepardizing*,⁶ sem prejuízo da atuação em outras situações, como no caso de representação de interesses de menores ou o alerta sobre a morte de uma das partes⁷.

O que merece destaque a respeito das primeiras manifestações do instituto no direito inglês⁸ é que os tribunais possuíam ampla liberdade para admitir a participação do *amicus* e, conseqüentemente para definir as possibilidades e os limites de sua atuação concreta. Nas palavras de Krislov: “*permission to participate as a friend of the court has always been a matter of grace rather than right*”.⁹

b) O Amicus Curiae no Direito Americano

Diz-se que a primeira aparição do *amicus curiae* nos Estados Unidos ocorreu no caso “*The Schooner Exchage Vs. McFadden*”, quando o *Attorney General* dos Estados Unidos foi

⁶ KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, p. 694/695. *Oral Shepardizing* é nomenclatura advinda do Americano Frank Shepard, que catalogou informações relevantes de precedentes judiciais e *statues*, fornecendo serviço considerado verdadeiro guia e fonte de consulta para advogados e juízes saberem se as decisões teriam sido reafirmadas, citadas ou revogadas por outros julgados.

⁷ BELLHOUSE, John; LAVERS, Anthony. *The Modern Amicus Curiae*, p. 188, *apud* BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade – Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 20

⁸ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 114. Nesse sentido: “Dá-se como exemplo dessa função que, em 1686, *Sir George Treby* atuou, devidamente autorizado pela corte, como *amicus*, dando detalhes das alterações de uma específica lei, considerando que era membro do Parlamento e, conseqüentemente, tinha conhecimento pessoal de toda a evolução dos trabalhos legislativos. Também que, em 1736, admitiu-se, no caso “*Coxe VS. Phillips*”, a presença de um *amicus* que advertiu a corte de que a demanda era fraudulenta. Narra-se a respeito desse caso, que o casamento de Mrs. Phillips e Mr. Mulman foi declarado nulo ao se descobrir que ela já era casada. Mesmo depois de Mr. Mulman já se ter casado novamente, Mrs. Phillips invocou seu casamento com ele para alegar a incapacidade de se obrigar quando cobrada pelo não pagamento de uma nota promissória. Como as razões da defesa invocadas por ela podiam comprometer o então atual casamento de Mr. Muilman, a corte permitiu, mesmo que ela não fosse *parte* ou *interessado* no processo, que um *amicus curiae* representasse seus interesses naquela ação. A tese do *amicus* foi acolhida, a ação de cobrança foi extinta e as partes, Mr. Coxe e Mrs. Phillips, condenadas como litigantes de má-fê.”

⁹ KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 695

admitido para que desse a sua opinião sobre questões afetas à marinha. Posteriormente, cita-se o caso “*Green Vs. Biddle*” em 1823, quando o Estado de Kentucky, por intermédio do Senador Henry Clay, serviu de *amicus* para demonstrar que a demanda era fraudulenta¹⁰.

Em ambos os casos a matéria de fundo envolvia um interesse público ou ao menos tutelável por um ente público. Contudo, gradativamente a jurisprudência norte-americana passou a admitir a intervenção do *amicus* por particulares, para a tutela de interesses privados, sem prejuízo da atuação dos entes governamentais. A atuação de entes públicos e privados na condição de *amicus curiae* ensejou uma distinção do tratamento jurídico dispensado:

“Para muitos é o surgimento e, sobretudo, o desenvolvimento dos “*amici* de direito privado”, esses *amici* que, na verdade, buscam a tutela de direitos seus e que não atuam na qualidade de “auxiliares” do juízo, que caracterizam o instituto e sua evolução no direito norte-americano. É em função dessa evolução do *amicus curiae* no direito norte-americano que, até os dias de hoje, é referida pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas a existência de dois grandes grupos de *amicus curiae*: os “*amici* governamentais” e os “*amici* privados” ou particulares. A distinção é pertinente porque aos *amici* governamentais é reconhecida maior gama de poderes de atuação em juízo, a bem da verdade, praticamente todas as possibilidades de atuação que são reconhecidas a uma parte processual. Os *amici* privados, por seu turno, têm poderes de atuação mais tênues, o que se justifica, lê-se, para que não se rompa com as grandes categorias processuais das partes e das modalidades interventivas de terceiro do direito norte-americano.”¹¹

A participação dos *amici* privados ensejou paulatinamente a atuação de terceiros que buscavam em juízo muito mais a tutela de um interesse próprio do que propriamente a defesa de um interesse neutro ou público. A doutrina norte-americana passou a designar tal categoria de *litigant amici*.¹² Em 1972, no caso “*Wyatt Vs. Stickney*” reconheceu-se aos *amici* privados uma gama de poderes processuais antes reconhecida apenas às partes e aos *amici* governamentais. Na década seguinte, em 1985 no caso “*EEOC Vs. Boeing Co.*” admitiu-se que o *private amicus* complementasse a atuação do autor, possibilitando-o de participar do julgamento e discutir amplamente as estratégias processuais, inclusive mediante a elaboração de peças processuais, ressalvada a condução da fase instrutória e a possibilidade de influir

¹⁰ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 116

¹¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 118

¹² LOWMAN, Michael K. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?*, acessado no sítio virtual: <http://www.americanuniversitylawreview.com/pdfs/41/41-4/lowman.pdf> em 22.12.2014.

decisivamente na proposta final de acordo feita pelo Governo. Em 1987, no caso “*United State Vs. Michigan*” reconheceu-se, temporariamente, o *status* de parte a uma entidade privada que pretendeu seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, com a grande vantagem de não vinculá-la aos efeitos da coisa julgada.¹³

Atualmente a *Rule 37 da Supreme Court of The United States*¹⁴ exige que o *amicus* traga ao conhecimento do Tribunal novas considerações ou questões não suficientemente discutidas pelas partes, devendo estar acompanhada da concordância das partes ou de requisição do Tribunal, dispensado deste requisito no caso de *amicus* governamentais. Ainda quando se tratar de *amicus* privado, deve ser indicado se o advogado de uma das partes ou outrem redigiu

¹³ HARRIS, Michael J.. *Amicus Curiae: Friend or Foe? The Limits of Friendship in American Jurisprudence*, p. 13, *Apud* BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 120/121.

¹⁴ http://supreme.findlaw.com/supreme_court/rules/part7.html Segue inteiro teor da norma:

Rule 37. Brief for an Amicus Curiae 1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. 2. (a) An amicus curiae brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ, may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 2(b) of this Rule. The brief shall be submitted within the time allowed for filing a brief in opposition or for filing a motion to dismiss or affirm. The amicus curiae brief shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported. (b) When a party to the case has withheld consent, a motion for leave to file an amicus curiae brief before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an amicus curiae brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant's interest. Such a motion is not favored. 3. (a) An amicus curiae brief in a case before the Court for oral argument may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 3(b) of this Rule. The brief shall be submitted within the time allowed for filing the brief for the party supported, or if in support of neither party, within the time allowed for filing the petitioner's or appellant's brief. The amicus curiae brief shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported or indicate whether it suggests affirmance or reversal. The Clerk will not file a reply brief for an amicus curiae, or a brief for an amicus curiae in support of, or in opposition to, a petition for rehearing. (b) When a party to a case before the Court for oral argument has withheld consent, a motion for leave to file an amicus curiae brief may be presented to the Court. The motion, prepared as required by Rule 33.1 and as one document with the brief sought to be filed, shall be submitted within the time allowed for filing an amicus curiae brief, and shall indicate the party or parties who have withheld consent and state the nature of the movant's interest. 4. No motion for leave to file an amicus curiae brief is necessary if the brief is presented on behalf of the United States by the Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency's authorized legal representative; on behalf of a State, Commonwealth, Territory, or Possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of a city, county, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer. 5. A brief or motion filed under this Rule shall be accompanied by proof of service as required by Rule 29, and shall comply with the applicable provisions of Rules 21, 24, and 33.1 (except that it suffices to set out in the brief the interest of the amicus curiae, the summary of the argument, the argument, and the conclusion). A motion for leave to file may not exceed five pages. A party served with the motion may file an objection thereto, stating concisely the reasons for withholding consent; the objection shall be prepared as required by Rule 33.2. 6. Except for briefs presented on behalf of amicus curiae listed in Rule 37.4, a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and shall identify every person or entity, other than the amicus curiae, its members, or its counsel, who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief. The disclosure shall be made in the first footnote on the first page of text.

a petição, bem como toda pessoa ou entidade que de alguma forma contribuiu economicamente para a preparação da manifestação.

Diante de tais contornos, em sua expressão contemporânea o *amicus curiae* no direito norte-americano exerce papel parcial, não sendo apenas terceiro desinteressado, assemelhado a um perito que se limita a fornecer informações técnicas à Corte. Trata-se de um interveniente que, embora não ostente a condição de parte, está efetivamente interessado numa decisão favorável à parte com a qual colabora.¹⁵ Assim, a *Supreme Court* dos Estados Unidos já negou a intervenção do *amicus curiae* quando o requerente não possuía interesse na solução da causa, ainda que por outro processo que o afetaria *indiretamente*, ou para suprir a deficiência na representatividade adequada da parte.¹⁶

Significa dizer que a intervenção do *amicus curiae* no direito norte-americano ganhou contornos mais amplos, muitas vezes inclusive para garantir a representatividade adequada do feito, não se exigindo a demonstração do *interesse jurídico* imediato na solução do litígio. E por tais considerações que nos parece estar com razão Elisabetta Silvestri, reafirmada por SCARPINELLA BUENO¹⁷, ao esclarecer:

“Por essa razão é que não vemos como discordar de Elisabetta Silvestri quando acentua que o *amicus* intervém justamente naqueles casos em que a intervenção de terceiros não se ajusta com perfeição ou, de alguma forma, em que sua intervenção nessa qualidade não traria e ele, interveniente, possibilidade de uma atuação eficaz”

c) O *Amicus Curiae* nos países de Civil Law

Ainda se revelam incipientes as práticas do *amicus curiae* nos países de tradição continental. Segundo SILVESTRI, o *amicus curiae* é instituto típico do direito anglo-americano, não possuindo equivalência nos sistemas de *civil Law*, muito embora não haja qualquer incompatibilidade de sua aplicação¹⁸.

Segundo a autora, a experiência francesa teria sido a pioneira nos ordenamentos de *civil Law* a incorporar o instituto, ao prever nos artigos 179 a 183 do *Nouveau Code de*

15 ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process: an Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 1975. p. 234

16 TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. Rochester: E. R. Andrews Printing, 1905, p. 645

17 BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 118

18 SILVESTRI, Elisabetta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LI, n. 3, setembro de 1997, p. 693 e 697.

Procédure Civile a possibilidade do juiz, para a formação do seu convencimento, valer-se de qualquer pessoa cuja oitiva lhe pareça útil para a descoberta da verdade¹⁹.

A atividade do *amicus* no direito francês se assemelha à função do perito, tendo em vista que o *amicus* se apresenta como auxiliar do juízo voltado à prestação de informações e esclarecimentos reputados úteis para o julgamento da causa.

No Direito Italiano, ainda segundo SILVESTRI, não há lei específica acerca do *amicus curiae*, com o que se faz necessária a aplicação analógica de norma do processo do trabalho, em que o juízo pode determinar a remessa de informações pelos sindicatos (Art. 421 e 425 do Código de Processo Civil Italiano)²⁰. De toda sorte, no que atine ao controle de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional italiana a figura do *amicus curiae* tem gradativamente conquistado mais espaço, em especial quando discutida a constitucionalidade da norma incidentalmente.²¹

No cone sul, SCARPINELLA noticia a experiência argentina, no sentido de que para parcela da doutrina, o artigo 33 da Constituição permitiria extrair implicitamente a figura do *amicus curiae*, em razão de ser nítida manifestação da forma republicana de governo e da soberania popular como forma necessária de melhor realizar a democracia. De toda sorte, relata que algumas leis já preveem a figura do *amicus curiae* (Lei nº 24.488/95 e Lei nº 402/2000), sem prejuízo de tantos outros projetos de lei que admitem o ingresso do “*Amigo Del tribunal*”. Por fim e com escoro em Carlos Gustavo Del Prá²², anota que o *amicus curiae* na Argentina aparece menos como mecanismo probatório e mais como fonte de legitimação das decisões jurisdicionais, pela possibilidade de maior participação da sociedade civil perante o Poder Judiciário.²³

¹⁹ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=7BAF2439BEC69127AD97ADF1C10E167E.tpdjo07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006149654&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20141222

Especificamente o artigo 181 do Nouveau Code de Procédure Civile: “Le juge peut, au cours des opérations de vérification, à l'audience ou en tout autre lieu, se faire assister d'un technicien, entendre les parties elles-mêmes et toute personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité.”

²⁰ <http://www.gdp3000.it/files/12211.pdf>. Art. 425. Richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali. Su istanza di parte, l'associazione sindacale indicata dalla stessa ha facoltà di rendere in giudizio, tramite un suo rappresentante, informazioni e osservazioni orali o scritte. Tali informazioni e osservazioni possono essere rese anche nel luogo di lavoro ove sia stato disposto l'accesso ai sensi del terzo comma dell'articolo 421. A tal fine, il giudice può disporre ai sensi del sesto comma dell'articolo 420. Il giudice può richiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti e accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa.

²¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 134

²² PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 36.

²³ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 136

c) O *Amicus Curiae* e a Jurisdição Supranacional

Merece ainda destaque a influência do *amicus curiae* nas cortes transnacionais, a saber a Corte Internacional de Justiça, a Corte Européia de Justiça, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. SCARPINELLA BUENO dá notícia ainda da atuação de um advogado dativo com funções semelhantes às do *Amicus Curiae* no julgamento do ex-ditador iugoslavo Slobodan Milosevic perante o Tribunal Penal Internacional,²⁴ enquanto RAZABONI menciona a participação do *amicus* perante a Organização Mundial do Comércio, como ferramenta para que todos os interesses, ainda que minoritários, sejam representados.²⁵

No âmbito específico do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, citamos o caso Saldaño Vs. Estados Unidos, oportunidade em que o Centro de Estudios Legales y Sociales atuou na condição de *Amicus Curiae* perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.²⁶

Com efeito, prescreve o artigo 58 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos que poderá, em qualquer fase da causa:

“a) Procurar ex officio toda prova que considere útil e necessária. Particularmente, poderá ouvir, na qualidade de suposta vítima, de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cuja declaração, testemunho ou parecer considere pertinente (...) c) Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha ou parecer sobre um determinado aspecto. Enquanto a Corte não autorizar, os respectivos documentos não serão publicados.

²⁴ MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade: Uma Abordagem Teórica e Jurisprudencial*, p. 94, *Apud* BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 141

²⁵ RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: Democratização da Jurisdição Constitucional*. Dissertação de Mestrado sob a orientação do prof. Elival da Silva Ramos, Universidade de São Paulo, 2009.

²⁶ <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/amicus-curiae/amicus-cels.pdf>. Acesso em 22.12.2014. Informe sobre El Instuto Del “Amicus Curiae”, elaborado pelo Centro de Estudios Legales y Sociales, organização não governamental argentina. Nesse sentido: Como expresamos, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos la figura del amicus curiae ha pasado a ocupar un lugar preponderante. En tal sentido, cada vez es más común que se realicen presentaciones de este carácter ante los diferentes órganos internacionales teniendo en cuenta el interés público que suscitan las causas que tramitan ante ellos. Existe gran cantidad de jurisprudencia de los diferentes organismos internacionales en los que ha sido admitida la presentación de amici curiae. Sólo a modo de ejemplo, podemos citar un reciente caso en el que fue presentado un amicus ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se trata del caso “Saldaño c/Estados Unidos” (Nº 12.254). Efectivamente, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó un amicus curiae ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de someter a consideración de dicho tribunal algunos argumentos de derecho internacional de los derechos humanos de relevancia para resolver el fondo del caso. Específicamente vinculados con la prohibición de dictar una condena teniendo en cuenta pruebas basadas en prejuicios raciales. El 18 de abril de 2002 la Comisión Interamericana se pronunció a favor de la admisibilidad de la presentación realizada”

A intervenção do *amicus curiae* perante a Corte pode ocorrer ainda no exercício de suas funções consultivas, nos termos do artigo 73, item 3 do Regulamento²⁷:

“A Presidência poderá convidar ou autorizar qualquer pessoa interessada para que apresente sua opinião por escrito sobre os itens submetidos a consulta. Se o pedido se referir ao disposto no artigo 64.2 da Convenção, poderá fazê-lo mediante consulta prévia com o Agente.”

Trata-se, portanto, de evidente instituto com franca aplicação nos países de *commom Law* e na jurisdição supranacional, por trazer elementos para uma melhor decisão judicial e que, nos últimos anos tem ganhado espaço nos países de tradição continental.

No Brasil, especialmente em razão da pulverização das demandas e das novas técnicas processuais, a exemplo da tutela coletiva de direitos e do julgamento de recursos repetitivos nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, sem prejuízo do já tradicional controle de constitucionalidade, a intervenção do *amicus curiae* se revela imperiosa forma de democratizar e garantir legitimidade à decisão judicial. Por essa razão, no capítulo seguinte passaremos a uma análise do direito pátrio acerca do tema.

²⁷ http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf , acesso em 22.12.2014.

2. EM BUSCA DA NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

a) Noções Iniciais – Aporte Constitucional

O *Amicus Curiae* é instituto jurídico que o operador do direito da *civil Law* não está acostumado a lidar, muito embora a sua atuação no foro brasileiro tenha se acentuado em larga escala na última década.

Certamente muitas foram as circunstâncias que possibilitaram a participação de terceiros em processos sem que houvesse a perfeita caracterização dos requisitos clássicos da intervenção de terceiros previstos no Código de Processo Civil de 1973.

Inicialmente temos que a própria redemocratização do País deita reflexos no Poder Judiciário, dando vazão à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Segundo PETER HÄBERLE, todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete, dado o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado. Trata-se da democratização da interpretação constitucional²⁸.

Assim, no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da sociedade e diretamente sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-los ativamente como sujeitos. A democracia, nesse sentido é o domínio do cidadão (*Herrschaft des Bürgers*), concebida a partir dos direitos fundamentais.

Em síntese, pode-se dizer que a interpretação constitucional, à luz do método tópico-problemático, possibilita a discussão do problema entre os intérpretes da Constituição, fundado nos diferentes pontos de vista, pretendendo-se revelar a interpretação mais conveniente para a questão jurídica, em face da polissemia do texto.²⁹ Nas palavras de CANOTILHO³⁰:

²⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes Ferreira, S.A. Fabris, Porto Alegre, 1997.

²⁹ MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª Edição, Lúmen Iures, Rio de Janeiro, 2006, p. 131

³⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 1.195.

“A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através do qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto”

Contudo, a atuação do *Amicus Curiae* não se esgota nos procedimentos afetos à interpretação constitucional. Com a crescente massificação das ações repetitivas, que avolumam nossos Tribunais, a adoção de procedimentos próprios para lidar com essas novas demandas, em especial as decisões em julgamentos de recursos repetitivos, as súmulas vinculantes e os processos coletivos devem garantir a maior participação possível, como imperativo para qualificar a decisão que, ao menos em tese, pretenderá uniformizar a questão controversa.

Some-se a isso a evolução da ciência, revelando-se absolutamente impossível que o julgador detenha, *prima facie*, amplo conhecimento de todas as implicações da decisão judicial. Exemplificativamente, citam-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3357 e 3937, que discutem a possibilidade ou não do uso do amianto. Para além das implicações na saúde e meio ambiente, outras questões de alçada econômica, por exemplo, foram trazidas ao Supremo Tribunal Federal³¹.

Nesse sentido a afirmação de SCARPINELLA BUENO é perfeita: “O que é certo é que, na atualidade – e isso não é de hoje -, não se pode mais afirmar que o direito pode ser estudado, analisado, sistematizado e aplicado despido de quaisquer outros valores que não os exclusivamente jurídicos”.³²

Com efeito, o caráter avalorativo do positivismo jurídico cede espaço para uma atuação proativa do julgador que não se limita mais a ser a boca da lei, tornando o Poder Judiciário verdadeiro espaço para a democracia.

Mesmo porque, os modernos textos legais são repletos de conceitos jurídicos abertos, que demandam intensa atividade interpretativa do jurista. Tal expediente já foi reconhecido explicitamente pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.223/DF³³:

³¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=222743>, consultado em 22.12.2014.

³² BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 50

³³ Voto-vista proferido no julgamento da ADIn 2.223/DF-MC, rel. Min. Maurício Corrêa, j.m.v. 10.10.2002, DJ 5.12.2003, p. 18.

“Recebi, com grande satisfação no ponto, as inovações da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que rompem com a visão ortodoxa – e ingênua – que vê, na ação direta, no controle abstrato, uma simples atividade de subsunção ou de cotejo entre um texto constitucional e um infraconstitucional questionado.”

Outro elemento de suma relevância para a incorporação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio corresponde à constitucionalização do processo civil. Significa dizer que deve o legislador e o aplicador do direito extrair o *dever-ser* do processo civil da norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico.

Com isso, SCARPINELLA BUENO destaca dois princípios que considera estruturantes ao Estado Democrático de Direito brasileiro: o devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal) e contraditório e a ampla defesa (Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal).³⁴

Segundo o autor o princípio do contraditório modernamente se relaciona com o princípio da cooperação³⁵, calcado na necessidade de constante diálogo entre as partes e o juiz para a obtenção da melhor decisão. Nesse diapasão, defende o citado autor:

“A nosso ver, a relação entre o ‘princípio da cooperação’ e o *amicus curiae* mostra sua face mais visível na exata medida em que se reconhece a necessária interação do juiz com as partes – ou com outros sujeitos que possam atuar, de alguma forma, no processo – em busca da melhor aproximação e, portanto, mais completa definição dos temas e matérias que deverão ser necessariamente enfrentados pelo magistrado ao julgar o objeto litigioso. A *cooperação* no sentido de diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para *melhor* decidir, é a própria face do *amicus curiae*. (...) E o *amicus curiae*, também aqui, tem aptidão para desempenhar adequadamente o seu papel de cooperar com o magistrado e, de resto, com as próprias partes nessa busca. Sendo a expectativa mínima que gravita em torno de sua figura a de *auxiliar* o juiz no sentido de lhe levar informações e material útil (se não necessário) para exame, não há como dissociar o *amicus* dessa busca pela ‘verdade’ no âmbito do processo civil. O *amicus curiae* é, não há como duvidar disso, embora tal demonstração no ocupe no específico item 5.8 do Capítulo 6, um adequado *portador* de interesses e de valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade. Ele é um adequado

³⁴ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 78

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve Notícia Sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*”, in Revista de Processo v. 111. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 105. Nesse sentido, o professor esclarece que no direito alemão a atual redação do § 139 da ZPO veda ao juiz fundamentar sua decisão em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por elas valorado, analisado, de modo diferente sem que lhes dê, *antes*, possibilidade de se manifestar. É a materialização do princípio da cooperação.

portador de dados, de elementos, de informações que são pertinentes para o julgamento da causa e que, por isso mesmo, devem ser disponibilizados para o magistrado que os avaliará consoante lhe pareça melhor”.³⁶

Em verdade, o *amicus curiae* é instituto que conforma o Código de Processo Civil aos mandamentos constitucionais, suprimindo inclusive, nos dizeres de Samuel KRISLOV, as deficiências do *adversary system* e viabilizando a adequada representação de determinados interesses perante o Poder Judiciário³⁷.

b) Legislação Brasileira e o *Amicus Curiae*

Até aqui já podemos traçar uma premissa: o *amicus curiae* é um interveniente que demanda menos requisitos do que os tradicionais institutos da assistência, denúncia à lide, chamamento ao processo, nomeação à autoria e oposição.

Talvez por essa razão, toda atuação de alguém não-parte prevista em lei e que não se amoldava perfeitamente em tais formas de intervenção era tida, tradicionalmente, por modalidades *sui generis* de intervenção de terceiros.

Com efeito, o artigo 23, § 1º do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, aprovado pela Resolução nº 390/2004 do Conselho da Justiça Federal, até pouco tempo atrás era o único dispositivo que tratava da figura do *amicus curiae* com esse *nomen iuris*.

Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de **“amicus curiae”**, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.

³⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 87/90.

³⁷ KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, *Yale Law Journal*, v. 72, 1962, p 720/721.

No entanto, tal dispositivo foi revogado pela Resolução nº 22/2008 do Conselho da Justiça Federal, cuja nova redação do artigo 28³⁸ não denominou a atuação de “interessados que não sejam parte” de *amicus curiae*.

Com escoreio em SCARPINELLA BUENO enumeramos as seguintes intervenções que não se encaixam perfeitamente nas tradicionais modalidades interventivas de nosso Código de Processo Civil de 1973. Segundo o citado professor, tais institutos correspondem a manifestações de *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro.

b. 1) Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Talvez a grande mola propulsora do desenvolvimento da figura do *amicus curiae* no direito brasileiro tenha se dado com a previsão do artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99³⁹, que regula a ação direta de inconstitucionalidade⁴⁰.

A intervenção de *amicus curiae* no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica⁴¹ e, inclusive, de novas alternativas de

³⁸ Art. 28. É facultado às partes, por seus advogados, apresentar memoriais e produzir sustentação oral, por dez minutos, prorrogáveis por igual prazo, a critério do Presidente. § 1º Eventuais interessados que não sejam partes no processo poderão manifestar-se, ficando ao juízo do Presidente conceder ou não oportunidade de sustentação oral por ocasião do julgamento.

³⁹ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 327.

⁴¹ “EMENTA: [...] PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do *amicus curiae* no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. [...]” (ADI 2.321-MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 10.6.2005.)

interpretação da Carta Constitucional, o que se mostra salutar diante da causa de pedir aberta das ações diretas⁴².

Tradicionalmente importa esclarecer que não se admitia a intervenção de terceiros estranhos à lide no controle concentrado de constitucionalidade, muito em função de se entender que a discussão era *objetiva*, isto é, dizia respeito ao ordenamento jurídico e não propriamente à tutela de direitos subjetivos. Assim, não há a possibilidade de caracterização do interesse jurídico necessário à intervenção, de modo que a Lei nº 9.868/99 inclusive veda expressamente a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade (artigos 7º, *caput* e 18, *caput*).

É certo que antes da previsão legal do artigo 7º, § 2º, ainda sob a regência do artigo 169, §2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, já se admitiu a intervenção de *amicus curiae* para a juntada de memoriais:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS -DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de pecas documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).
(ADI 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010)

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218. Para o autor, a intervenção de *amicus curiae* no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional, o que se mostra salutar diante da causa de pedir aberta das ações diretas. Nas palavras de Gilmar Mendes, trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.

Sem embargo, o § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99⁴³ cristaliza mudança radical de perspectiva, pacificando que não se trata de reconhecer que há direitos subjetivos na ação direta de inconstitucionalidade, mas que a abertura do diálogo com a Corte Constitucional contribuirá para a qualidade da decisão a ser proferida. Nesse sentido, esclarece SCARPINELLA BUENO⁴⁴:

“A ‘abertura’ do processo da ação direta de inconstitucionalidade, ademais, deve ser entendida como uma saudável (e necessária) decorrência do caráter vinculante das decisões proferidas naquela sede e, também, como a ideia de que o tão decantado ‘processo de caráter objetivo’, sem ‘lide’, sem interesses ou posições de vantagem individualmente analisáveis e capturáveis, que caracteriza esse tipo de ação, não pode significar, pura e simplesmente, a impossibilidade de maior (e necessário) debate sobre as questões que o Supremo Tribunal Federal está para decidir”

Vale destacar que o artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 exige a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes como critério para que o relator, em decisão irrecorrível, admita o *amicus curiae*.

Especificamente quanto ao requisito da representatividade adequada, é lugar comum que todos os demais colegitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 da Constituição Federal) podem intervir no feito com fundamento no artigo 7º, §2º. Contudo, restringir a aplicação do instituto a apenas aos colegitimados seria minimizar sobremaneira o alcance do dispositivo. Assim, sustentam Nelson NERY JR. e Rosa Maria ANDRADE NERY⁴⁵: “admitir a manifestação de pessoa física ou jurídica, professor de direito, associação civil, cientista, órgão e entendida, desde que tenha respeitabilidade, reconhecimento científico ou representatividade para opinar sobre a matéria objeto da ação direta”

No mesmo sentido, SCARPINELLA BUENO ainda desenvolve a ideia de interesse institucional, que será oportunamente por nós tratada⁴⁶:

⁴³ WAINTROB, Ilan Drukier. *A Intervenção do Amicus Curiae no Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade em Matéria Penal e Processual Penal Perante o Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2012. O autor cita casos em que houve intervenção do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidades, cujos objetos envolviam matérias afetas ao direito penal, tais como a ADIn nº 3112 (Estatuto do Desarmamento), ADIn nº 3112 (Poderes Investigatórios do Ministério Público), ADIn nº 4424 (Lei Maria da Penha), dentre outras.

⁴⁴ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 154/155

⁴⁵ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 8ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 1.494.

⁴⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 161

“Para nós, terá ‘representatividade adequada’ toda aquela pessoa, grupo de pessoas ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir demonstrar que tem um específico *interesse institucional* na causa e, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*”

Acerca do momento de ingresso do *amicus curiae*, prevalece na doutrina a possibilidade de admissão a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento. A despeito do Supremo Tribunal Federal inicialmente ter entendido que a intervenção deveria ocorrer no mesmo prazo que os réus da ação direta de inconstitucionalidade têm para prestar suas informações (30 dias da data da intimação), atualmente já ressoa na jurisprudência a possibilidade de admissão a qualquer tempo, conforme do que restou decidido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.238/DF e nº 3.474/BA.

O *amicus curiae* poderá manifestar-se por escrito, bem como realizar sustentação oral, com fundamento no artigo 131, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, superando divergência doutrinária a respeito.

Acerca da possibilidade de recurso, tem-se que apenas no caso indeferimento do ingresso pelo relator é possível o manejo de recurso de agravo, na modalidade interna, a fim de obter o pronunciamento do colegiado⁴⁷.

Por oportuno, convém salientar que a Lei nº 9.868/99 silencia a respeito da possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade. Tampouco menciona a Lei nº 9.882/99 quando a intervenção em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Outrossim, é tranqüilo o entendimento que o artigo 7º, da Lei nº 9.868/99 aplica-se a ambas as ações, em função da abertura procedimental e pluralização do debate exigida até mesmo pela Constituição Federal Republicana⁴⁸.

⁴⁷ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 183. Minoritariamente, mas com total razão, defende o autor: “Também entendemos ser lícito ao *amicus curiae* apresentar recurso da decisão final, que julga a ação direta de inconstitucionalidade ou de qualquer outra que possa interferir concretamente nos interesses que motivam o seu ingresso em juízo, assim, por exemplo, a concessão de liminar, providência tipicamente *antecipatória* nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.

⁴⁸ Apenas exemplificativamente, citamos a ADPF nº 54, que tratou da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, quando diversas foram as entidades que participaram do julgamento na figura de *amicus curiae*.

b.3) Incidente de Inconstitucionalidade

Ainda na temática do controle de constitucionalidade, temos que o incidente para o reconhecimento incidental do vício encontra-se regulado nos artigos 480 e 482 do Código de Processo Civil de 1973 e nos artigos 960 a 963 do Novo Código de Processo Civil⁴⁹.

Aqui vale destacar que argüida a inconstitucionalidade em controle difuso, o relator ouvirá o Ministério Público (e segundo o artigo 960 do novo CPC, também as partes), submetendo a questão ao órgão competente para o processo. Se a alegação não foi rejeitada ocorrerá a cisão funcional da competência, posto que o julgamento do incidente se processará perante o Pleno ou órgão especial (artigo 97 da Constituição Federal). Será possível então a manifestação da pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato, bem como dos legitimados para a ação direta (artigo 103 da Constituição Federal) e de outros postulantes que ostentem a representatividade adequada.

Quanto aos contornos de atuação do *amicus curiae* em sede difusa de controle de constitucionalidade, em muito se assemelha ao já analisado no item anterior.

Ressalta-se apenas que julgado o incidente o processo retorna ao órgão competente para finalizar o julgamento quando a matéria principal, salientando que o procedimento será dispensado quando já houver pronunciamento do próprio Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Vale observar ainda que o controle de constitucionalidade de maneira difusa realizado pelo Supremo Tribunal Federal conta em diversas oportunidades com a possibilidade de manifestação de *amicus curiae*, tal qual se percebe no Recurso Extraordinário nº 591.563 (recepção da reincidência), Recurso Extraordinário nº 592.581 (reforma em estabelecimentos prisionais), Mandados de Seguranças nº 27.397 e 27.786 (pedidos de intervenção da Pastoral Carcerária) e até mesmo em sede do *Habeas Corpus* nº 82.424 (Caso Ellwanger)⁵⁰.

b.4) Incidente de Uniformização de Jurisprudência Perante os Juizados Especiais

⁴⁹ Vale destacar que a redação dos dispositivos do CPC/73 foram reproduzidas no Novo Código de Processo Civil, o qual, em linhas gerais, apenas previu a oitiva das partes acerca do incidente, dando contornos mais próximos dos mandamentos constitucionais e da moderna concepção de *cooperação* processual.

⁵⁰ WAINTROB, Ilan Drukier. A Intervenção do Amicus Curiae no Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade em Matéria Penal e Processual Penal Perante o Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado, São Paulo, 2012.

O artigo 14 da Lei nº 10.259⁵¹ trata do pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões das Turmas Recursais sobre questões de direito material proferidas na interpretação da Lei.

Observe-se que mais uma vez havia previsão impossibilitando a tradicional intervenção de terceiros nos procedimentos perante os juizados especiais cíveis (Art. 10 da Lei nº 9.099/95). Contudo, com a necessidade de maior oxigenação dos Tribunais, em especial quando do julgamento de casos que constituirão verdadeiros precedentes e definirão teses jurídicas, impõe-se a oitiva em juízo de *quaisquer* interessados, mesmo que não sejam partes.

Segundo o dispositivo, havendo divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais ou em face de jurisprudência dominante ou súmula do Superior Tribunal de Justiça, caberá pedido de uniformização, a ser julgado em reunião conjunta das Turmas Recursos em conflito (se da mesma região), ou perante a Turma de Uniformização.

Se a contrariedade eivada for em relação à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, poderá a parte requerer manifestação do próprio Tribunal⁵². Os demais pedidos de uniformização que digam respeito à mesma temática ficarão retidos nos autos, aguardando manifestação do Superior Tribunal de Justiça.

⁵¹ Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. § 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. § 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. § 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica. § 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. **§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.** § 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança. § 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. § 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

⁵² NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 8ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 1.698/1699. Nesse ponto vale destacar a crítica da doutrina em face da constitucionalidade do §4º do artigo 14 da Lei nº 10.259/01, posto que o dispositivo amplia as competências do Superior Tribunal de Justiça, constitucionalmente previstas no artigo 105 da Constituição Federal.

Por oportuno, poderá o relator pedir informações ao presidente da Turma Recursal ou coordenador da Turma de Uniformização, ouvindo o Ministério Público em cinco dias e eventuais interessados em 30 dias. Julgado o incidente, os demais pedidos sobrestados (§ 6º) serão julgados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação e declará-los prejudicados.

Nesse ponto não trataremos das características pormenorizadas que autorizam a intervenção desses interessados, nos termos do § 7º do artigo 14. Basta-nos, por enquanto, constatar que tais sujeitos se justificam para a construção de uma melhor decisão, ao menos democraticamente falando, exercendo funções similares às do *Parquet* na qualidade de *custos legis*. Nesse sentido, SCARPINELLA BUENO⁵³:

“A afirmação do parágrafo anterior justifica-se. De acordo com a proposta de classificação que desenvolveremos neste trabalho, não há como negar uma enorme necessidade de equiparação da manifestação do *amicus* com aquelas feitas a título de *custos legis* e com aqueles que apresentam nítido caráter instrutório e também com aquelas derivadas de manifestações providas de sujeitos que não têm condições de demonstrar qualquer interesse *jurídico*, direto, individual ou próprio no caso. O dispositivo a eles se refere quando prevê a possibilidade de ‘não partes interessadas’ se manifestarem”

b.5) Pessoas Jurídicas de Direito Público e a Lei nº 9.469/97

A Lei nº 9.469/97 determina em seu artigo 5º⁵⁴ a possibilidade da União intervir nas causas em que figurarem como partes as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista ou empresas públicas federais, para esclarecer questões de fato e de direitos, juntar documentos e memoriais, bem como recorrer da decisão, quando então haverá deslocamento da competência.

Vale observar que a previsão não se relaciona com o artigo 109, inciso I da Constituição Federal, justamente por não demandar a existência de interesse jurídico, quando então a intervenção se daria a título de *assistência*.

⁵³ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 212

⁵⁴ Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

A despeito da divergência doutrinária⁵⁵, CARNEIRO⁵⁶ defende tratar-se de hipótese de *amicus curiae*:

“Vê-se, assim, que a atípica ‘intervenção de terceiro’, prevista no artigo 5º, par. ún., da Lei nº 9.469/97, apresenta-se em verdade como uma peculiar modalidade de ingresso do *amicus curiae* na relação processual, ao qual é facultado, por mero interesse mediato e de natureza econômica, apresentar alegações, em favor do ‘assistido’ – autarquias, fundações públicas, empresas públicas federais, sociedades de economia mista federais – e juntar documentos e memoriais”

De toda sorte, podemos entender que o objetivo da intervenção é esclarecer questões de fato e de direito para o juízo, não sendo dado à União Federal, por exemplo, contestar. Tais funções seriam justificantes suficientes para taxá-la de hipótese de *amicus curiae*.

b.6) Comissão de Valores Mobiliários

O artigo 31 da Lei nº 6.385/76⁵⁷ determina a intimação da Comissão de Valores Mobiliários nos processos que tenham por objeto matéria de sua competência, a fim de que em 15 dias, caso queira, ofereça parecer ou preste esclarecimentos.

Para além das especificidades técnicas do mercado de capitais, a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários se dará para auxiliar o juízo, razão pela qual se pode

⁵⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Intervenção Anômala: a intervenção de terceiro pelas apessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997*, in Aspectos Polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, coordenação de Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 623. Merece destaque a posição do autor, que entende que “o *amicus curiae* desponta como auxiliar da justiça, criado para contribuir com o aprimoramento técnico da decisão judicial, enquanto a intervenção anômala decorre de um interesse econômico da Fazenda Pública, que pretende ver o êxito de uma das partes”. Entendemos que tal interpretação da figura do *amicus curiae* seria ao reduzir o campo de aplicação do instituto. De mais a mais, a experiência americana demonstra que não é necessária absoluta imparcialidade para a atuação do *amicus curiae*.

⁵⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Intervenção da União Federal como amicus curiae*. Revista de Processo, v. 111. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 252

⁵⁷ Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes.

aproximá-la das funções exercidas pelo Ministério Público enquanto *custos legis*. Nesse sentido, afirma DEL PRÁ⁵⁸:

“Houve, com efeito, nessa hipótese, uma previsão legislativa de intervenção de terceiro estranho à lide (Comissão de Valores Mobiliários), em razão de um interesse que o direito positivo elegeu como juridicamente relevante: possibilitar que o juízo obtenha as informações e os esclarecimentos que, pela própria formação média do magistrado, provavelmente escapariam à sua apreciação, tudo sempre com vistas a proporcionar uma solução segura e consciente da real abrangência e influência de seus efeitos sobre o mercado de valores”.

É que o magistrado, por sua formação acadêmica teria dificuldades ao se deparar com as especificidades do mercado de capitais. Nesse sentido, TAVARES⁵⁹: “impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando cessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria após um ingente esforço.” De mais a mais, constata-se a presença de um interesse *institucional* da CVM, isto é:

“O que ocorre é que o *interesse* que motiva sua intervenção não diz respeito às posições subjetivas e individuais expostas no processo em que contendem autor e réu. Trata-se, bem diferentemente, de um interesse que transcende as esferas jurídicas das partes e que se relaciona muito mais a interesses *institucionais*. No caso da CVM, interesse *institucional* de a legislação relativa ao mercado de capitais ser escoreitamente aplicada”.⁶⁰

Merece destaque que, por imperativo legal, a intimação da CVM é obrigatória logo após a contestação, embora não o seja sua efetiva manifestação. Sua não intimação acarreta a nulidade do feito, com os temperamentos dados à (não) intervenção do Ministério Público quando também obrigatória⁶¹.

⁵⁸ PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 58.

⁵⁹ TAVARES, Osvaldo Hamiltin. *A CVM como “amicus curiae”*. Revista dos Tribunais nº 69, RT, São Paulo, 1993, p. 286/287.

⁶⁰ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 270

⁶¹ PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 59. Observe-se que em razão da obrigatoriedade da intervenção, o autor afirma que “essa figura parece não se identificar *totalmente* com uma das funções desenvolvidas pelo *amicus curiae* (...). De fato, a participação da CVM, afora prestar-se ao aporte de informações em benefício da corte, caracteriza-se pela participação voluntária do terceiro, em questões de seu interesse.

Observe-se ainda que não há preclusão da manifestação da CVM após o decurso dos 15 dias legais, dada a natureza de sua intervenção, bem como em função da possibilidade que o próprio § 3º do artigo 31 lhe dá em recorrer da decisão, quando inertes as partes, computando-se como dia inicial do prazo aquele em que tiver findar o prazo das partes, independentemente de nova intimação e também observado a dobra prevista no artigo 188 do Código de Processo Civil.

A discussão que se coloca é se, quando as partes recorrerem, a CVM também estaria legitimada concorrentemente para o reclamo ou sua insurgência é apenas subsidiária. A despeito da leitura do § 3º do artigo 31 dar a entender pela subsidiariedade do recurso, SCARPINELLA BUENO entende que a legitimidade recursal integra poderes genéricos de todo e qualquer interveniente a título de *amicus curiae*⁶². Confira:

“Entendemos, contudo, ser possível à CVM recorrer *mesmo* que as partes recorram. Reconhecemos a ela, na qualidade de *amicus curiae*, legitimidade recursal ‘autônoma’, ‘própria’, ainda que o objeto de seu recurso não possa ser tão amplo quanto o das partes. (...) Assim, sustentamos que a CVM, como qualquer outro *amicus curiae*, pode ir além de apresentar as razões, informações ou elementos que, a seu juízo, devem conduzir o magistrado a proferir decisão em um ou em outro sentido. Pode o *amicus curiae* ir além, praticando todo ato processual que guarde íntima relação com a própria razão que justifique sua intervenção em juízo.”

Nessa medida, isto é, enquanto *amicus curiae*, parece-nos acertada a conclusão de Scarpinella Bueno, acerca da legitimidade recursal não vinculada a qualquer atividade da parte, conforme exporemos mais detalhadamente ao tratar dos poderes do *amicus curiae* no capítulo adiante.

b.7) Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Entretanto, a defesa desse interesse não se dá em exercício de um direito de participação democrática, mas em cumprimento de um dever legal.

⁶² Idem, Ibidem. P. 280/282

O artigo 57 da Lei nº 9.279/96⁶³ estabelece que nas ações de nulidade de patente, quando não proposta pelo INPI, contará com sua intervenção. O mesmo regramento é aplicado, por força do artigo 118⁶⁴, às ações de nulidade de registro de desenho industrial.

O artigo 175⁶⁵, por sua vez, prevê regra da mesma natureza para as ações de nulidade de registro de marca.

Há quem sustente que nessas hipóteses haveria litisconsórcio necessário, posto que envolveria obrigatoriamente um direito titularizado pelo INPI em nome próprio. Contudo, sustenta SCARPINELLA BUENO⁶⁶, com o que concordamos, que:

“No usual dos casos, entretanto, quando o autor busca a declaração de nulidade do registro por algum defeito intrínseco da patente, do desenho industrial ou da marca, pensamos, com ele, que a hipótese não é de litisconsórcio necessário. Tudo dependerá, a nosso ver, da causa de pedir da ação de nulidade. Se se tratar de ação de nulidade cuja *causa de pedir* diga respeito a algum vício no processo administrativo de registro efetuado pelo INPI, não há como negar que ele, INPI, deverá ser citado como réu em litisconsórcio passivo necessário com o particular que se beneficiou com o equívoco cometido por aquela autarquia. É essa a situação idealizada pela corrente de pensamento destacada acima e que, para esse caso específico, parece-nos correta. Poderá ocorrer, no entanto, que a causa de pedir da ação de nulidade não diga respeito a qualquer vício cometido pelo INPI ao longo do processo administrativo destinado ao registro da patente, desenho industrial ou marca. Assim, por exemplo, quando o próprio INPI tiver sido vítima de um engodo de particular que falsificou os documentos apresentados para exame e assim por diante, ou, mais amplamente, simplesmente porque o INPI registrou marca em nome de um particular usurpada de outro, sem que o processo administrativo que antecederesse aquele registro tivesse condições de o verificar.”

Sem embargo, não se trata de assistência listisconsorcial, por decorrências das razões acima lançadas. Ou o INPI atuará como parte, quando o litisconsórcio será necessário, ou não atuará. Também não se presta a assistência simples a regular a matéria, posto que carente interesse jurídico⁶⁷.

⁶³ Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

⁶⁴ Art. 118. Aplicam-se à ação de nulidade de registro de desenho industrial, no que couber, as disposições dos arts. 56 e 57.

⁶⁵ Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

⁶⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 289

⁶⁷ PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 66/69.

Assim, parece-nos acertado SCARPINELLA BUENO ao expor mais uma hipótese do nosso ordenamento jurídico que veicula a figura do *amicus curiae*, ainda que não tenha assim o definido, na qual o legislador pretende a intervenção de um ente com o intuito de municiar o magistrado com elementos para proferir uma melhor decisão⁶⁸. Nesse sentido:

“Aqui também, portanto, a exemplo do que se dá em outras hipóteses em que a lei processual civil brasileira ‘insinua’ a existência de uma figura que, aqui, chamamos de *amicus curiae*, isto é, em que se deixa entrever a existência dessa figura, o legislador terá entendido ser oportuna a intervenção de alguém que domine as regras próprias e técnicas daquele específico ramo do direito para viabilizar ao magistrado o proferimento de uma decisão que, *objetivamente*, melhor atende (melhor *tutele*) o específico direito material. Trata-se, pois, aqui, também, de mais um caso em que o INPI intervirá na qualidade de *amicus curiae* para a tutela de interesses e direitos *institucionais*, para a tutela de interesses e direitos que *extrapolem*, que *transcendam* os interesses e direitos típicos das partes e que estão fora do alcance e da tutela delas. Cabe ao INPI tutelá-los administrativamente, e, se for o caso, em juízo. Interesse institucional, repetimos o que já acentuamos anteriormente, são interesses *jurídicos* no sentido de protegidos e tutelados pelo ordenamento jurídico. Só não devem ser confundido com o ‘interesse jurídico’ que enseja a intervenção d assistente simples ou litisconsorcial, dada a sua maior amplitude e a descoincidência com a específica relação jurídica deduzida em juízo”

Enquanto atuar como *amicus curiae*, ao INPI é dado fornecer elementos materiais de que dispuser para viabilizar a melhor interpretação, podendo apresentar razões, memoriais, explicações, parecer, bem como requerer provas.

Em função desse entendimento, por oportuno, nada obsta que o INPI intervenha em outros processos, como em ações em que um particular pretenda a adjudicação de patente, desenho industrial ou marca em seu favor. Acaso se entenda pela intimação do INPI, poderá o órgão trazer informações relevantes em juízo para proporcionar a melhor decisão.

Por fim, merece destaque que, pela redação dos dispositivos legais atinentes à matéria citados, a intervenção do *amicus curiae* na espécie não é obrigatória, especialmente por não existir nenhuma sanção ou vício imediatamente cominado à omissão. Contudo, deve o magistrado dar ciência do processo ao INPI para que tenha condições de decidir sobre sua intervenção e sobre a adoção de qualquer iniciativa processual, especialmente nos casos de nulidade de desenho industrial, patente e marca.

⁶⁸ Idem Ibidem, p. 296.

b.8) Conselho Administrativo de Defesa Econômica

A novel legislação atinente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Lei nº 12.529/11, em seu artigo 118 prevê que: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

A despeito da menção legal à assistência, tem-se que o ingresso do CADE não se dá para auxiliar nenhuma das partes, posto que o órgão não estará defendendo um direito próprio em juízo. Nesse sentido, a intervenção do CADE justifica-se em razão de sua função fiscalizatória, bem como para conferir suporte técnico em questões concorrenciais que, muitas das vezes, transcendem os critérios meramente jurídicos⁶⁹.

Com efeito, DEL PRÁ salienta em relação ao CADE, INPI e CVM:

“O que importa extrair dessa conclusão é que a atuação desses terceiros, nessas hipóteses, dá-se de forma descomprometida em relação às partes, mas comprometida com sua função institucional de *polícia* (no mercado de capitais, na defesa da concorrência ou na execução das normas atinentes à propriedade industrial). Assim, seu interesse em participar naquelas demandas, na verdade, é o interesse que a própria lei cometeu à instituição. Não agem a CVM, o CADE e o INPI em defesa de interesses somente a eles referidos, mas de determinados interesses cuja defesa lhes foi outorgada pela lei. Há, portanto, evidente interesse público no controle dessas atividades, eleito pelo legislador como relevante e digno de proteção.”⁷⁰

Em outras palavras, a intervenção do CADE se dará, facultativamente, após a necessária ciência dada pelo magistrado, decorre do interesse *institucional*, para municiar o juízo de elementos técnicos⁷¹.

b.9) Ordem dos Advogados do Brasil

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie Souza. *A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976)*, in Revista de Processo v. 115, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 151/163.

⁷⁰ PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 70.

⁷¹ PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007, p. 61. Nesse sentido: “Fica patente, pois, que a função exercida pelo CADE é de policiamento da atividade econômica, para o fim de garantir a livre concorrência, evitando a dominação dos mercados.”

O artigo 49 da Lei nº 8.906/94⁷² possibilita a intervenção dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB em processos contra qualquer pessoa que infrinja o Estatuto da Advocacia.

É certo que pelo dispositivo a OAB não atua em prol do advogado, mas sim em favor da defesa das prerrogativas profissionais e do *múnus* público exercido pela categoria por ela representada. Assim, não há como negar que sua atuação é movida por um *interesse institucional*.

Apenas uma ressalva deve ser feita: diferentemente das hipóteses anteriormente tratadas (CVM, INPI e CADE) não há obrigatoriedade sequer de ciência da OAB pelo juízo. Contudo, tomando conhecimento de qualquer processo poderá a entidade intervir.

Vindo a se manifestar, a OAB poderá declinar os contornos de determinada prerrogativa, pouco importando se sua manifestação beneficiará o autor ou o réu da ação.

Por fim, a despeito de se tratar de entidade federal, por ser federalizada, nos termos do artigo 45 da Lei nº 8.906/94, não necessariamente haverá o deslocamento do processo para a Justiça Federal. Tal modificação só se justificará se o interveniente for o Conselho Federal. Em se tratando de seção estadual ou subseção, SCARPINELLA BUENO sustenta pela desnecessidade de deslocamento, fundado inclusive na personalidade jurídica própria e jurisdição sobre os respectivos territórios que gozam as seções e subseções (Art. 45, § 2º).⁷³

c) *Amicus Curiae* e o Interesse Institucional Diferenciador

Superada a etapa de identificar os dispositivos que tratam da figura do *amicus curiae* no ordenamento, com breve aporte dos seus respectivos regramentos, resta claro que o grande traço identificador do *amicus curiae* é o interesse institucional que lhe é subjacente. Não se trata de negar o escopo jurídico que legitima a intervenção, mas apenas diferenciá-lo do que tradicionalmente se entende por interesse jurídico, para fins de intervenção de terceiros. Com efeito, assim diferencia SCARPINELLA BUENO⁷⁴:

⁷² Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

⁷³ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 332

⁷⁴ Idem Ibidem, p. 459.

“Para nós, o interesse que motiva (que *legitima*) a atuação do *amicus curiae* em juízo é ‘jurídico’. Mas é um ‘jurídico’ diferenciado, que não pode ser confundido ou assimilado com o interesse que conduz um ‘assistente’ ou outro ‘terceiro’ qualquer a um processo entre outras pessoas para nele intervir das variadas formas que o nosso direito, tradicionalmente, lhe reconhece. Não se trata, isto é certo, de um interesse jurídico *subjetivado*. Mas se trata, com essas ressalvas, de um interesse que é *jurídico*. É um interesse jurídico porque é previsto, porque é agasalhado, porque é tutelado, pela ordem jurídica considerada como um todo. E, se é assim, no plano do ‘direito material’, não há razão para que o seja *também* no plano do direito processual. É interesse *jurídico*, portanto”

A pedra de toque do instituto é justamente a transcendência do interesse *individual* das partes e, nessa medida, também é um interesse público. Contudo, diz SCARPINELLA BUENO⁷⁵, por ser um instituto:

“filtrado a partir de determinados entes voltados organicamente, à sua proteção – e muitas vezes expressamente reconhecidos pelo sistema para desempenhar esse papel –, ele é um interesse ‘institucional’. É essa, fundamentalmente, a distinção. É essa a ‘novidade’. É o nome que propomos para designá-la.”

Assim, não revela acertado confundir o *amicus curiae* com outros institutos já consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, tal qual o assistente, o perito, o curador especial, a testemunha e o Ministério Público na qualidade de *custos legis*. São todos institutos jurídicos que podem guardar entre si maior ou menor grau de similaridade. Contudo, todos os institutos são diversos entre si. E nessa medida deve ser compreendido o *amicus curiae* no processo civil brasileiro: um novo instituto.

Por tais considerações, concordamos mais uma vez com SCARPINELLA BUENO⁷⁶:

“Fredie Didier Jr. é autor que nega veementemente que o *amicus curiae* seja terceiro. Isto, diz ele, ‘pela simples circunstância de estar atuando no processo’ no mesmo sentido que se dá com relação aos auxiliares da justiça. Em função dessas distinções é que ele já havia concluído no sentido de que: “Não se pode equiparar, portanto, a intervenção do *amicus curiae* com a intervenção de terceiro – seria o mesmo que se comparar a intervenção de um perito com a de um assistente.’ Que o *amicus curiae* não é parte no sentido destacado no item 2.1, *infra*, nem

⁷⁵ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 461

⁷⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 338

terceiro no sentido ‘tradicional’ do nosso direito processual civil, nem perito, nem auxiliar da justiça e nem *custos legis* no sentido que o Ministério Público o é não temos dúvidas”

Tracemos então as distinções necessárias entre os institutos, anotando, quando o caso, as suas similitudes, trazendo os referencias mais próximos do nosso ordenamento jurídico.

c.1) Assistência

O assistente é, por excelência, o terceiro que ingressa no processo alheio motivado pela tutela, direta ou indireta, de um interesse jurídico seu. Nas palavras de DINAMARCO⁷⁷:

“Assistência é, em si, a ajuda que uma pessoa presta a uma das partes principais do processo, com vista a melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional. Na disciplina das intervenções de terceiros, chama-se assistência o *ingresso voluntário de um terceiro no processo, com a finalidade de ajudar uma das partes*”.

A possibilidade de intervenção do assistente repousa precisamente na caracterização do interesse jurídico, isto é, quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida na ação entre assistido e parte contrário.⁷⁸

Destaque-se que o novo Código de Processo Civil⁷⁹ trará relevantes alterações no instituto. Segundo FREDIE DIDIER JR., há quatro mudanças dignas de nota.

Em primeiro lugar, esclarece-se que os artigos 121 e 122 (cujos correspondentes são os artigos 52/53 do Código de Processo Civil de 1973) dizem respeito apenas à assistência simples, já que a assistência litisconsorcial é regida pelas regras do litisconsórcio unitário. Uma segunda singela alteração diz respeito à previsão no artigo 122, no sentido de que a parte principal poderá renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

A terceira modificação reside na inércia do autor. Pela redação antiga o assistente tornava-se seu gestor de negócios (art. 52, parágrafo único do CPC/73). A nova redação do

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. 6ª edição revista e atualizada, Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 394/395.

⁷⁸ NERY, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 12ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 328.

⁷⁹ Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido. Parágrafo único. Sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissor o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual.

Art. 122. A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos.

Código de Processo Civil, em seu artigo 123 esclarece que se trata de hipótese de substituição processual.

Contudo, a mais relevante das alterações corresponde à possibilidade do assistente suprir qualquer omissão da parte e não apenas, como outrora, apenas nos casos de revelia. Diz FREDIE DIDIER JR⁸⁰. que:

“Com essa alteração, resolve-se antiga questão jurisprudencial: a sobrevivência do recurso do assistente, no caso de o assistido não ter recorrido. Havia precedentes do STJ no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não poderia ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido. Já que o assistido não havia recorrido, o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria “contrariar” a vontade do assistido, que não recorreu. Havia, claramente, um equívoco na premissa: é possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, é exatamente esse o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente estará lá para evitar a preclusão. Ora, o par. ún. do art. 52 do CPC/1973 já poderia ser aplicado aos demais casos de condutas omissivas do assistido, e não apenas à revelia. A nova redação do NCPC resolve essa questão, definitivamente.”

No entanto, pelo que já restou desenvolvido neste trabalho, sabe-se que o traço caracterizador do *amicus curiae* é seu interesse institucional na intervenção e, nesta medida, ambos os institutos não se confundem⁸¹. De mais a mais, não nos parece correto afirmar que o *amicus curiae* atue como substituto processual da parte, em legitimação extraordinária

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. *Poderes do Assistente Simples no novo Código de Processo Civil: notas aos arts. 121 e 122 do projeto, na versão da Câmara dos Deputados*, p. 4. Acessado em 12.01.2015, in <http://www.frediedidier.com.br/artigos/poderes-do-assistente-simples-no-novo-codigo-de-processo-civil-notas-aos-arts-121-e-122-do-projeto-na-versao-da-camara-dos-deputados/>

⁸¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 410/411. Nesse sentido: “Uma ressalva sobre nossas últimas afirmações. A doutrina norte-americana poderia colocá-las em xeque em função do que ela chama de *amicus curiae* litigante (*litigant amicus curiae*). O ‘*amicus litigante*’ é um terceiro interveniente que, em última análise, procura dominar o controle do processo, pretendendo exercer os mesmos poderes das partes, na expectativa de, assim, obter um resultado favorável a seus interesses próprios, mormente quando analisada a questão do ponto de vista da formação de um *precedente* em um ordenamento jurídico que se estrutura, fundamentalmente, a partir de sua existência. Nesse sentido, o *amicus curiae* teria tudo para ser assimilado ao nosso assistente litisconsorcial. Não negamos a possibilidade dessa equiparação, não obstante ela, por si só, exigisse uma pesquisa e uma reflexão de ordem diversa, que não nos parecem relevantes nesta sede por dizerem respeito mais ao direito norte-americano e ao seu sistema de intervenção de terceiros do que ao nosso sistema processual civil. Mesmo que seja demonstrada, no entanto, não nos parece que abale as conclusões que ocupam esta item. Isto porque o *litigant amicus*, de acordo com a própria doutrina norte-americana, que o identificou e sistematizou, deve ser tido como uma deformação indesejada do tradicional instituto que deveria, se não ser extirpado da prática judiciária daquele país, minimizado, regulamentado e controlado.

subordinada, isto é, atue em nome próprio para a defesa do direito alheio. Em verdade, o que o *amicus curiae* almeja é a defesa de um interesse institucional próprio. Daí a afirmação que sua atuação deve ser imparcial⁸², entendida como a desvinculação da intervenção do *amicus* das posições jurídicas assumidas pelas partes litigantes.

c.2) Perito e o Intérprete

O perito e o intérprete são auxiliares da Justiça (Art. 139 do CPC/73 e artigo 149 do NCPC), na medida em que trarão ao seu conhecimento aspectos técnicos importantes para a solução da demanda.

Diz o artigo 145 do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 156 do NCPC) que quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, respondendo o *expert* pelas informações inverídicas que prestar por dolo ou culpa, além de ficar inabilitado por dois anos⁸³.

O intérprete, nos termos do artigo 151 do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 162/164 do NCPC) é uma espécie de perito, àquelas situações em que se faz necessário traduzir uma linguagem para aquela do magistrado.

O grande traço distintivo do perito em relação ao *amicus curiae* reside na seguinte ponderação de SCARPINELLA BUENO⁸⁴:

“Assim, no que, por ora, basta relevar é que ‘assistente’, perito e, o que nos interessa mais de perto neste trabalho, o *amicus curiae* podem ter em comum muito mais do que um primeiro exame poderia revelar. Guardemos a seguinte informação: é o perito que leva ao conhecimento do juiz os elementos não jurídicos que se mostram indispensáveis para o julgamento da causa. E quem sente a *necessidade* da prova pericial é o juiz. Ele pode, ensinam-nos a doutrina e a jurisprudência, determinar a produção da prova pericial mesmo quando as parte não a requeiram.

⁸² BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 487/488. Diz o autor: “Portanto, na exata medida em que o *amicus curiae* puder ser inserido em alguma das situações descritas nos arts. 134 ou 135 do Código de Processo Civil deverá ser considerado impedido ou suspeito, respectivamente. (...) O que nos parece possível de ser feito para *abrandar* a rigidez que nossa posição quanto a esse específico tema assume é interpretar o inciso V do art. 135 do Código de Processo Civil, já destacado acima, no sentido de que não será motivo para suspeição do *amicus* a natural decorrência de que a sua manifestação em juízo acarretará, muito provavelmente, a sugestão de tutela de uma das partes em detrimento da outra. A hipótese não é estranha à nossa doutrina, e está presente, entre nós, em todas aquelas hipóteses em que o Ministério Público atua na qualidade de *custos legis*.”

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 6ª edição revista e atualizada, Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 682/684

⁸⁴ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 350/351.

Afinal, em termos de *prova*, não se pode esquecer que é o juiz o seu destinatário. É ele – e não as partes – que deve se convencer daquilo que ocorreu no mundo dos fatos (‘fora do processo’) para julgar. É ele, portanto, que pode sentir necessidade de que conhecimentos não jurídicos, técnicos em qualquer sentido, cheguem a seu conhecimento, porque é ele quem sente carência daquelas informações e as reputa indispensáveis para a formação de seu convencimento”

Em outros termos, o perito e o intérprete atuam como auxiliares eventuais do juízo, quando o magistrado entender necessária a produção de determinada prova. O *amicus curiae*, além de poder intervir por força própria no processo, atuará para pluralizar e legitimar a decisão judicial, quiçá trazendo elementos que em uma primeira análise poderiam escapar do ânimo do julgador.

Outras distinções ainda são levantadas por DIDIER JR.⁸⁵ e correspondem à impossibilidade de suspeição ou impedimento dos *amici*, bem como a não percepção de honorários profissionais e a ausência de prazo fixado para entrega das conclusões (*laudo*).

Contudo, é importante não se descurar da aproximação das duas figuras (perito e *amicus curiae*), na medida em que ambos têm condições de levar para o magistrado informações relevantes que estão espalhadas pela sociedade civil ou no próprio Estado, viabilizando a produção de decisão judicial que melhor equacione os interesses conflitantes. Sem embargo, nessa medida repousaria também o princípio da cooperação.

c.3) Curador Especial

O curador especial é um integrador da capacidade civil de função exclusivamente processual, a fim de garantir ao máximo a incidência do princípio do contraditório. Nesse sentido:

“A medida é destinada a evitar a quebra do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (CF 5º, LV), em virtude de não se ter certeza inequívoca de que as citções procedidas tenham atingido o seu objetivo, qual seja, o de fazer o ausente conhecedor da demanda que lhe move o autor (CPC 219). (...) A curadoria especial é *múnus público*, incumbindo ao curador o dever de, necessariamente, contestar o feito. Por isso o curador especial da hipótese do CPC 9º, II deve ter capacidade postulatória. Na falta de elementos, pode contestar genericamente a ação (CPC 302 par. ún.), não se aplicando o ônus da impugnação especificada. Contestando genericamente, o curador especial controverte todos os fatos descritos na petição inicial,

⁸⁵ DIDIER JR. Fredie. *Recurso de Terceiro: Juízo de Admissibilidade*. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 185

incumbindo ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (CPC 333 I). Não há, neste caso, inversão do ônus da prova, mas aplicação ordinária da teoria do ônus da prova. Caso o curador não conteste, o juiz pode desconstituí-lo e nomear outro para que efetivamente apresente contestação na defesa do réu”⁸⁶

Vale dizer que atualmente a curadoria especial é função institucional da Defensoria Pública, prevista no artigo 4º, inciso XVI da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09. O Novo Código de Processo Civil traz dispositivo no mesmo sentido, ao prever que o juiz nomeará curador especial para o incapaz que não tiver representante legal ou em caso de colidência de interesses, bem como ao réu revel, citado por edital ou hora certa, devendo a curatela especial ser exercida pela Defensoria Pública (Art. 72 do NCPC).

Assim, SCARPINELLA BUENO⁸⁷ diferencia o curador especial do *amicus curiae*:

“Sendo essas as funções do curador especial, é fácil verificar que tal figura não apresenta para o trabalho maior relevância. Seja como mero ente *integrador de capacidade*, seja como *substituto processual* ou como *representante processual*, a *qualidade* de sua atuação diverge muito daquilo que, mesmo ‘por hipótese’, caracteriza a atuação do *amicus curiae*. É como se dissesse que o curador age *pela parte*, integrando seu agir processual, independentemente da específica *forma* como isso se dá. Ele atua, assim, como alguém interessado, em busca de um resultado que seja favorável à parte. Isso, por si só, descarta qualquer relevância no prosseguimento do tema, relativo ao regime jurídico do *amicus curiae*”.

c.4) Testemunha

A testemunha é terceiro que concretiza um meio de prova, a saber, a prova testemunhal. Tratam apenas dos fatos que sabem a respeito, sem dispensar qualquer valoração própria ou específica, diferentemente da figura do *amicus curiae*.

Não se despreza que o *amicus curiae* tenha, no entanto, certo caráter instrutório, tal qual a testemunha, conforme já exposto quanto tratamos da aproximação com a prova pericial.

c.5) Custos Legis

⁸⁶ NERY, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 12ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 236.

⁸⁷ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 368.

A função de *custos legis* é tradicionalmente exercida e monopolizada pelo Ministério Público, consubstanciando na atuação em prol de determinados interesses indisponíveis. Segundo DINAMARCO⁸⁸:

“O Ministério Público é por definição a instituição estatal predestinada ao zelo do interesse público no processo. O interesse público que o Ministério Público resguarda não é o puro e simples interesse da sociedade no correto exercício da jurisdição como tal – que também é uma função pública – porque dessa atenção estão encarregados os juízes, também agentes estatais eles próprios. O Ministério Público tem o encargo de cuidar para que, mediante o processo e o exercício da jurisdição, recebam tratamento adequado certos conflitos e certos valores a eles inerentes”

Em verdade, a atuação do *Parquet* na espécie ocorre em princípio de maneira imparcial e transcende o interesse subjetivado na relação jurídico-processual⁸⁹. São as hipóteses previstas no artigo 82 do Código de Processo Civil, a saber, causas envolvendo interesses de incapazes, concernentes ao estado da pessoa, poder familiar, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade, bem como ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes.

Na qualidade de *custos legis*, o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes e será intimado de todos os atos processuais, bem como poderá juntar documentos e certidões, produzir provas em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade (Artigo 83 do CPC/73). Tal dispositivo evidencia que a atuação do *custos legis* não se limita a externar um ponto de vista sobre a questão jurídica, mas pode desenvolver outras atividades processuais para comprovar a sua hipótese.

Não obstante, a atuação do *custos legis* é tipicamente na condição de terceiro, posto que ele nada pede e tampouco nada é pedido em seu desfavor.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 6ª edição revista e atualizada, Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 697.

⁸⁹ MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 733. Em relação à atuação do Ministério Público como *custos legis*, o autor diferencia as hipóteses do artigo 82 que seriam decorrentes de ‘indisponibilidade objetiva’ – pela natureza da lide – e de ‘indisponibilidade subjetiva’ – em razão da condição pessoal do titular, a exemplo na atuação em casos de incapacidade. Àquelas o Ministério Público seria imparcial. No entanto, em face de situações de atuação do Ministério Público fundamentada na indisponibilidade subjetiva, a intervenção deve ser protetiva, isto é, vinculada à busca da tutela do interesse que justifica, em concreto, a atuação.

Acerca das distinções entre *custos legis* e *amicus curiae*, DIDIER JR⁹⁰ pontua que a intervenção deste não é obrigatória, bem como não se justifica para fiscalizar a aplicação da lei, mas sim para auxiliar o ato de decidir. Ademais, a atuação do *amicus curiae* ocorreria também em casos de interesses disponíveis, diferentemente do Ministério Público.

No entanto, SCARPINELLA BUENO aproxima o *amicus curiae* da figura do *custos legis*, em especial em razão do fundamento da intervenção:

“À luz dessas considerações, somadas às que já desenvolvemos acima, não há por que negar, desde logo, seja o *amicus curiae* um *custos legis* no sentido sistemático, histórico mesmo, da expressão. Não que ele substitua – a toda evidência – a figura que, institucionalmente, sempre foi exercida, entre nós – e continua sendo, fortalecida pela Constituição de 1988, em especial pelo *caput* do art. 127 -, pelo Ministério Público. É possível, cremos, uma *aproximação* das duas figuras no que diz respeito à razão de sua intervenção, à razão de ser sua oitiva no processo. Mais ainda naqueles casos em que a própria lei prevê um órgão governamental como interveniente.”⁹¹

O autor ainda ressalta que na grande maioria dos casos em que a Lei aponta um ente específico para atuar na qualidade de *amicus curiae*, esse sujeito é uma pessoa de direito público com atribuições legais e com funções específicas a serem desempenhadas na ordem jurídica, tal qual o artigo 31 da Lei nº 6.385/76 (CVM), o artigo 118 da Lei nº 12.529/11 (CADE) e o artigo 49 da Lei nº 8.906/94 (OAB)⁹².

⁹⁰ DIDIER JR. Fredie. *Recurso de Terceiro: Juízo de Admissibilidade*. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 185

⁹¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 386.

⁹² BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 399/400. E acrescenta: “Seria, pelo menos nesses casos, o *amicus curiae* um *custos legis*? Seria possível, pelo menos, assimilar essas duas figuras levando em conta a função que um e outro podem desempenhar em juízo? É possível ou desejável uma reformulação, para ampliá-lo, do conceito de *custos legis*, no direito brasileiro? Nossa resposta a essas questões é positiva. Explicamos nossa conclusão, com olhos voltados para o direito brasileiro, que é o que nos interessa. E, para tanto, importante evidenciar, com visão crítica, qual a função daqueles entes em juízo nas hipóteses acima destacadas. Não se trata, evidentemente, de tutelar interesses seus, próprios. Isso, a esta altura da exposição, já estará claro. Aqueles entes, quando intimados para os fins dos dispositivos legais mencionados, atuam para a tutela de interesses ou direitos outros que não os que possuam na qualidade de ‘pessoa jurídica’. São, para usarmos a nomenclatura que sugerimos no item 5.8, *infra*, de interesses *institucionais*. É esse o móvel de sua intervenção, verificar como e em que medida o específico direito material que caracteriza sua razão de ser, o seu ‘ser *institucional*’, deve ser aplicado em cada caso concreto em que sua manifestação é viabilizada”.

Contudo, nas demais hipóteses de *amicus curiae*, isto é, quando não se está vinculado a um interesse institucional, o instituto se distancia da figura do *custos legis*, posto que sua função estaria mais relacionada à produção da prova⁹³.

Em síntese, as considerações esboçadas nos últimos itens nos permitem uma aproximação dos *amicus curiae* aos referenciais do ordenamento jurídico já consagrados. No entanto, por evidente, não significa em nenhum momento equiparar o *amicus curiae* ao *custos legis*, ao assistente (ainda que “*sui generis*”), ao perito, ao assistente técnico, ou a um mero intérprete dos fatos e valores dispersos na sociedade.

Contudo, adotando a teoria desenvolvida por Cássio Scarpinella Bueno, podemos entender que os referenciais mais próximos que temos em nosso direito àquilo que no direito anglo-saxão é conhecida como *amicus curiae* encontra-se na atuação do Ministério Público como *custos legis*, na assistência e no perito.

d) Classificação das Espécies de *Amicus Curiae*

Adotando a classificação de SCARPINELLA BUENO, podemos dividir os *amici curiae* em três categorias: (i) públicos e privados; (ii) provocadas e espontâneas; (iii) vinculadas, procedimentais e livres ou atípicas.

A primeira distinção refere-se aos *amici curiae* públicos e privados, tal qual já desenvolvido quando tratado do instituto nos Estados Unidos.

Com efeito, quando órgãos públicos intervêm no processo para a tutela de interesse institucional (por exemplo, as pessoas jurídicas de direito público com fundamento no artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 9.469/97, a CVM – artigo 31 da Lei nº 6.385/76 ou outros órgãos que se manifestem independentemente de previsão legal obrigatória) pode-se dizer que estamos diante de *amicus curiae* público.

Tomando por base o referencial americano, em tais hipóteses de atuação do *governamental amici*, o mais próximo referencial que teríamos tradicionalmente no Brasil seria

⁹³ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 403. Nesse sentido: “Pensamos que não. Todos os demais casos de *amicus curiae*, mesmo quando previstos pela Lei – assim, de forma bem intensa, o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97 -, não podem (e não devem) atuar na qualidade de *custos legis*. Sua função, acreditamos, é muito mais relacionada à produção de prova (...). Dada a gravidade dessa figura entre nós, é preferível que seja reservada, com exclusividade, aos entes que são criados pela própria lei para dada e específica finalidade e que, não por acaso, são destacados para assim atuar *também* em juízo. Para as demais hipóteses, o *amicus curiae* é muito bem-vindo. Mas dele não se espera que se apresente como ‘guardião do direito objetivo’ que caracteriza, frisamos, o seu ‘ser’ institucional. O que se espera dele é um pouco menos. Que contribua com a sua voz, seus valores, suas reflexões e seus anseios para a produção de *melhor* decisão jurisdicional.

a intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos legis*, figura desconhecida pelo direito norte-americano.

Por outro lado, quando o interveniente for um particular, estaremos diante de um *amicus curiae* privado.

A segunda classificação diferencia os casos em que a intervenção é *provocada*, isto é, determinada pelo juiz (seja porque a Lei obriga a intimação, seja por iniciativa do magistrado) ou *espontânea*, quando a iniciativa partir do próprio *amicus*.

Por fim, a intervenção poderá ser vinculada, procedimental ou atípica, a depender das razões pelas quais o *amicus* intervém.

As intervenções vinculadas correspondem às hipóteses em que a lei descreve de maneira clara quando e por que referidas entidades poderão intervir. É o caso da CVM, do CADE e INPI, por exemplo.

As intervenções procedimentais referem-se aos casos em que a lei não prevê quem será chamado, mas determine um momento para tanto. É o que ocorre, por exemplo, nas ações diretas de inconstitucionalidade e no incidente de inconstitucionalidade. O destaque é que nessas hipóteses o ordenamento não elegeu, de antemão que pode pretender ser *amicus curiae*, cabendo a análise de requisitos como a representatividade adequada.

Nesse momento, apenas para ilustrar, podemos citar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que entende que os demais legitimados do artigo 103 da Constituição Federal estão, *ipso facto*, autorizados a ingressar nas ações diretas na qualidade de *amicus curiae*⁹⁴. Contudo, outros interessados deverão comprovar a representatividade adequada, demonstrando inclusive que seu interesse no processo perpassa motivações de índole puramente subjetiva. Confira:

“Por força do requisito da representatividade adequada, não se admite o ingresso no feito, na qualidade de amici curiae, de pessoas físicas ou jurídicas interessadas apenas - ou fundamentalmente - no desfecho do seu processo, como aquelas que têm recursos sobrestados na origem, aguardando o desfecho de processos com repercussão geral reconhecida por esta Corte” (RE 590.415, rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida em 29.9.2011, DJe 04.10.2012).

⁹⁴ Vide ADIn nº 3.345/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2005, DJ 29.08.2005.

Por fim, a intervenção será livre ou atípica⁹⁵ quando não há indicação de quem pode ser o *amicus curiae*, quando ele pode intervir ou tampouco qualquer indicação procedimental específica para a sua oitiva.

e) Operacionalização da Intervenção do *Amicus Curiae*

É certo que nenhum dos diplomas processuais citados no presente trabalho como hipóteses de *amicus curiae* delineiam a forma que se dá tal intervenção. O artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 limita-se, por exemplo, a identificar os pressupostos de admissão, sem fixar maiores contornos.

Diante da lacuna legal, sugere SCARPINELLA BUENO que se utilize por analogia o procedimento da assistência, viabilizando-se assim a incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido:

“Assim, sendo o caso de intervenção *espontânea*, o *amicus* requererá seu ingresso em juízo tecendo as razões que lhe parecem suficientes para tanto e, ao mesmo tempo, apresentando as informações ou os elementos que entende oportunos de serem levados em consideração pelo magistrado. (,,) O juiz poderá, desde logo, indeferir o ingresso do *amicus*, morivando sua decisão. Se entender que o caso admite a intervenção, as partes, autor e réu, terão prazo comum de cinco dias (art. 51, *caput* do CPC) para se manifestar sobre o pretendido ingresso do *amicus* e sobre as informações e os elementos (as ‘razões’) por ele trazidas. Havendo discordância das partes, o juiz deverá determinar o desentranhamento das petições respectivas, formando autos apartados, a exemplo do que os incisos do art. 51 do Código de Processo Civil reservam para a assistência, quando poderá determinar a produção de prova para formar seu convencimento acerca da admissibilidade da oitiva do *amicus*. O juiz, em seguida, decidirá, e da sua decisão que admitir ou não o *amicus* caberá agravo de instrumento, a ser interposto pelas partes ou pelo próprio *amicus*, conforme o caso. (...)”⁹⁶

Vale dizer que, tal qual no procedimento da assistência, a discordância quanto ao ingresso do *amicus* não gera a suspensão do andamento do processo (art. 51, inciso I do CPC/73).

A observância ao princípio do contraditório, por evidente, também deve ocorrer quando se tratar de intervenção provocada, seja pelo juízo ou por uma das partes, sempre

⁹⁵ Atípica no sentido de não tipificada na Lei e não no sentido de não ser usual.

⁹⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 483.

abrindo-se vista para manifestação quanto ao ingresso, bem como quanto às razões ou juntada de documentos. Com efeito, é o mesmo do que ocorre com a prova pericial (Art. 433, parágrafo único do CPC/73).

No mais, devendo ser sujeito imparcial⁹⁷, admitido o *amicus*, fica ele sujeito às causas de impedimento e suspeição. O regime jurídico de sua arguição não difere da regra geral do Código de Processo Civil, senão pela contagem do prazo de cinco dias (Art. 138, § 1º do CPC/73) a partir da admissão do *amicus* no processo.

É cabível ainda aplicação do regime jurídico do artigo 14 do Código de Processo Civil, no tocante aos deveres do *amicus*, o qual deverá expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa fé, não manifestar-se destituído de fundamento e tampouco praticar atos inúteis ou desnecessários.

Pode-se dizer ainda que o *amicus* possui o ônus de trazer algo novo ao processo, podendo ser inadmitido no feito em assim não o sendo. Com efeito, a intervenção deve acarretar a ampliação do objeto de conhecimento do magistrado e não a ampliação do objeto do processo.

Com relação ao momento da intervenção, apenas o artigo 31, § 1º da Lei nº 6.385/76 prevê a intimação da CVM para, querendo, se manifestar depois da contestação do réu. Entende SCARPINELLA BUENO⁹⁸ que a regra deva ser generalizada, também em função do artigo 83, inciso I do Código de Processo Civil, referente à intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos legis*. Com efeito, a atuação do *amicus curiae* no fechamento da fase postulatória, início da fase saneadora, é a mais adequada para a atuação em prol da melhor decisão jurisdicional.

Contudo, nada impede que o *amicus curiae* pretenda intervir desde logo, tal qual o assistente (artigo 50, parágrafo único do CPC/73). Tampouco há impedimento para a intervenção posterior ao encerramento da fase postulatória, devendo-se sempre ter em mente se a atuação terá alguma utilidade no momento procedimental em que se apresenta, sob pena de indeferimento.

⁹⁷ MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* Saraiva, São Paulo, 2010, p. 169. Em sentido contrário, com o qual não concordamos, colhe-se o ensinamento de Damares Medina, que ressalta o caráter parcial do *amicus curiae* e, em seguida, anota que isso não é um óbice à sua atuação, sempre que ele possa contribuir para o aperfeiçoamento da jurisdição: O interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus*, uma vez que a função informacional por ele exercida pode contribuir para o aperfeiçoamento e pluralização do processo de tomada de decisão.

⁹⁸ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 492/493

Outra questão que merece destaque repousa sobre a necessidade de representação do *amicus* por advogado. Nesse ponto entende SCARPINELLA⁹⁹ que nas hipóteses de intervenção provocada, poderá o *amicus* se manifestar sem estar representado por advogado, posto que nesse caso não há postulação. A situação difere, no entanto, quando se trata de intervenção espontânea, posto que o *amicus* estará pleiteando o seu ingresso, e para tanto, deverá estar representado por profissional habilitado.

Sabendo-se que o *amicus* não intervém para tutelar direito próprio, senão interesse institucional, defende-se que o teor de sua manifestação deva corresponder ao mérito da ação e não restar em aspectos processuais. Diversamente do Ministério Público que atua como fiscal da Lei, o *amicus curiae* deve atuar como fiscal da Lei material¹⁰⁰. Excepciona-se tal afirmação no que diz respeito às questões processuais relativas à admissibilidade da intervenção, bem como à competência.

É que sendo o *amicus curiae* pessoa jurídica de direito federal, só poderá litigar perante a Justiça Federal, exceto nas autorizações constitucionais (art. 109, inciso I e art. 109, § 3º). A intervenção do *amicus* deve modificar a competência para a Justiça Federal¹⁰¹.

O *amicus* poderá apresentar memoriais, bem como requerer produção de provas correlatas às suas alegações, viabilizando a participação eficiente na formação do convencimento do juízo.

Também terá o interveniente legitimidade recursal, nas palavras de SCARPINELLA:

“Poderá o *amicus*, pois, recorrer na medida em que a decisão proferida no processo (na causa ou no incidente, pouco importa) que interveio ou que poderia intervir o prejudique ‘em nome próprio’, é dizer, ajustando-se os termos para afiná-los à razão de ser da intervenção do *amicus*,

⁹⁹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 500/501. Acrescenta Scarpinella que, se o *amicus* desejar intervir e não tiver recursos para tanto – por exemplo, uma organização não governamental – a solução deve residir na atuação da Defensoria Pública.

¹⁰⁰ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 506. Nesse sentido: “O que nos parece deve ser excepcionado da atuação do *amicus* é que se manifeste sobre o plano relativo à admissibilidade do próprio processo e do direito de ação. Ele deve dirigir sua atenção especificamente ao ‘mérito’, ao direito material conflituoso, dando-lhe os contornos que justificam sua própria intervenção, contribuindo, necessariamente, com novas informações, novos elementos, novas indagações para ampliar, aperfeiçoando, o objeto do conhecimento do juiz. Sua função, já o escrevemos, é mais próxima de um ‘fiscal da lei’, mas da aplicação da ‘lei material’ e não processual. O *amicus* é um ‘fiscal institucional da lei’.

¹⁰¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 507. Nesse sentido: “Isso quer significar que sempre poderá o *amicus curiae* pleitear, ao ensejo de sua intervenção, a remessa dos autos à Justiça Federal. E, na exata medida em que seu requerimento seja negado, terá ele condições de atuar, *exclusivamente no plano do processo*, para fazer valer seu ‘direito’ de litigar perante a Justiça Federal. Ele poderá, pois, agravar de instrumento da decisão relativa à competência, sendo certo que seu recurso deverá ser dirigido ao Tribunal de Justiça do respectivo e não, desde logo, ao Tribunal Regional Federal.”

desde que a decisão afete, em alguma medida, os ‘interesses’ que justificam a sua intervenção. (...) Também para fins de legitimidade recursal do *amicus curiae*, parece-nos correto reconhecê-la, acentuando, apenas e tão somente, que o *amicus* precisará demonstrar o interesse *institucional* que o move a requerer o reexame de uma específica decisão, isto é, precisará apresentar, para fins recursais, um interesse *concreto*, uma situação de prejuízo *concreto*, dificuldade que, no particular, não é exclusiva do *amicus curiae*, não o distinguindo de nenhum outro recorrente”.

Nada impede ainda que a intervenção se dê, inclusive, apenas em grau recursal, tomando-se como paradigma o recuso de terceiro para que o *amicus* tutele os interesses institucionais.

Com relação ao teor do recurso, em princípio deve o *amicus* restringir-se a aspectos materiais, tal qual já exposto anteriormente. Contudo, vislumbra-se possível que recorra sob o fundamento de questões processuais que lhe prejudicam, como, por exemplo, a sua não admissão, a condenação em litigância de má-fé, dentre outras hipóteses.

Nessa medida, possível a sustentação oral do *amicus curiae*, observando-se as disposições dos Regimentos Internos de cada Tribunal (cita-se, exemplificativamente, o artigo 131, § 3º do RISTF), bem como sua manifestação em debates orais, por força do artigo 454, § 1º do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, não nos parece merece prosperar o que restou assentado na Questão de Ordem em Recurso Especial nº 1.205.946/SP¹⁰², no qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça negou a sustentação oral no julgamento dos recursos especiais repetitivos, aduzindo que caberia à Corte a faculdade de ouvir as sustentações orais dos *amicus*.

Com relação à coisa julgada, o *amicus* não se submete aos seus efeitos, seja em face de seus limites objetivos quanto subjetivos. Em relação a estes, temos o artigo 472 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe que a sentença faz coisa julgada às partes, não beneficiando ou prejudicando terceiros. Àqueles importa observar que o *amicus* não deduz nenhum interesse seu em juízo, escapando do objeto litigioso processual. Tampouco estaria

¹⁰²EMENTA: “QO. REPETITIVO. AMICUS CURIAE. SUSTENTAÇÃO ORAL. Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sua sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. Segundo o voto vencedor, o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns dos *amici curiae*, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral. QO no REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, em 17/8/2011.”

alcançado pela justiça da decisão, em analogia ao assistente (artigo 55 do Código de Processo Civil/73)¹⁰³.

Nesta medida, defende SCARPINELLA¹⁰⁴ que o *amicus* não possui legitimidade para a ação rescisória, exceto quando não tenha havido a intimação daquele ente que a Lei se refere expressamente pela intervenção, condicionado, por evidente, à existência de prejuízo. No entanto, esclarece o professor:

“Independentemente das conclusões que acabamos de chegar, não vemos como negar a possibilidade de atuação do *amicus curiae* em ações rescisórias cujo objeto sejam decisões de mérito proferidas em processos que, de alguma forma, refiram-se às suas finalidades institucionais. É dizer: mesmo que não se reconheça a legitimidade do *amicus curiae* para o ajuizamento de ação rescisória, não vemos como negar a possibilidade de sua intervenção em ação rescisória ajuizada por quem detém legitimidade para tanto. (...) O que é necessário discernir, a respeito, é que a rescisória volta-se não apenas à desconstituição da coisa julgada (*judicium rescindens*), mas também ao proferimento de uma nova decisão (*judicium rescissorium*). Essa distinção, reputamo-a indispensável. É que, para nós, o *amicus curiae* deve ter a sua atuação processual voltada ao ‘mérito’, à escorreita aplicação do *direito material* – ele é um ‘fiscal da lei material’ – e não da lei processual propriamente dita. Nesse sentido, o que se aguardará do *amicus* será uma manifestação quanto à solução de mérito do caso (que repousa no *judicium rescissorium*) e não sobre as questões relativas ao *processo* da ação rescisória, aí incluídas as discussões quanto à desconstituição ou não da coisa julgada anterior (*judicium rescindens*).”¹⁰⁵

Merece destaque ainda a possibilidade de intervenção do *amicus* no mandado de segurança, segundo escorio de CARNEIRO¹⁰⁶ e SCARPINELLA¹⁰⁷, não se mostrando óbice a lacuna legal e a celeridade que se reclama no *writ*. Contudo, não se pode perder de vista que o direito líquido e certo tutelado não admite que o *amicus* procure dilação probatória.

¹⁰³ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 533. O professor reporta que: “alguns textos da doutrina norte-americana enfrentaram expressamente o problema da vinculação, ou não, do *amicus curiae* à coisa julgada. A tendência que observamos é a de destacar que uma das ‘vantagens’ da intervenção do *amicus*, ao menos se comparada com algumas das espécies de intervenção de terceiro conhecidas por aquele ordenamento, é que ele, *amicus*, não fica sujeito à coisa julgada”.

¹⁰⁴ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 535.

¹⁰⁵ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 537/538.

¹⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Mandado de Segurança. Assistência e Amicus Curiae*, in Revista de Processo, v. 112, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 213/219.

¹⁰⁷ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 540

No mesmo sentido, SCARPINELLA¹⁰⁸ admite a intervenção do *amicus* no procedimento sumário e nos Juizados Especiais, a despeito da vedação à intervenção de terceiros (artigo 280 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 10 da Lei nº 9.099/95), com o que concordamos, posto que o *amicus curiae* é fatos de aprimoramento da qualidade da tutela jurisdicional.

Também possível a intervenção no processo cautelar, ainda que se esteja diante de cognição menos profunda. E nesse sentido, merecem destaques as palavras de SCARPINELLA¹⁰⁹:

“A possibilidade – e, mais do que isso, a *pertinência* – da intervenção do *amicus curiae* no processo cautelar, contudo, quer significar que ele poderá, também, consoante o caso, formular o pedido de cautelar ou, mais amplamente, de tutela de urgência? Pensamos que sim, tomando como referência o regime jurídico reservado para o Ministério Público quando atua na qualidade de *custos legis*. (...) O que nos parece relevante a propósito é entender que a função do *amicus curiae* em situações de urgência é não só a de proporcionar o proferimento de uma decisão a mais segura levando em conta as condições de tempo possíveis de serem consideradas, mas, correlatamente, criar as condições possíveis para que a *declaração judicial* do direito possa ser útil. (...) Assim, não vemos como negar ao *amicus curiae* que possa, quando menos subsidiariamente, buscar a tutela de urgência daqueles ‘interesses’ e ‘direitos’ que justificam a sua intervenção em juízo. Quando menos, *sugeri-la* ao magistrado que, se for o caso – e à falta de pedido de algum ‘legitimado’ na qualidade de *parte* – poderá tutelar o direito de ofício (CPC, arts. 797 a 799).

No entanto, não é possível a intervenção no cumprimento de sentença, no processo executivo e monitório, posto que incompatível com a prática de atos executivos. A ressalva resta para a possibilidade de discussão em sede de impugnação e embargos à execução ou monitórios. É que, repise-se, a atuação do *amicus curiae* se justifica para a formação de uma decisão judicial mais qualificada. Uma vez formado o título executivo, não há mais utilidade em sua manifestação.

Uma última anotação merece ser feita em relação às custas. Em princípio sua intervenção não gera qualquer responsabilidade pelas custas e despesas do processo, incluindo os honorários de advogado. Contudo, quando a intervenção for provocada, o sucumbente deverá

¹⁰⁸ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 543/545.

¹⁰⁹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 551/552.

ser responsabilizado por eventuais gastos do *amicus*, inclusive honorários de advogado (artigo 20, *caput* do Código de Processo Civil de 1973)¹¹⁰.

f) O Novo Código de Processo Civil e o *Amicus Curiae*

Atualmente o novo Código de Processo Civil aguarda sanção presidencial, a partir de quando então começara o período de *vacatio legis*.

No tocante à previsão do *amicus curiae* é bastante salutar a alteração legal. Com efeito, estabelece o artigo 138:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Inicialmente, cumpre observar que o dispositivo está topograficamente inserido no Capítulo V do Título III, correspondente à intervenção de terceiros.

O instituto cumprirá função de destaque como agente do contraditório e da cooperação em um sistema que virá com a pretensão de uniformizar a jurisprudência para uma melhor e mais célere prestação jurisdicional.

Segundo o dispositivo, para a intervenção do *amicus* será necessária a aferição pelo juízo da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social.

O magistrado deverá deferir a intervenção àqueles que se mostrarem representantes adequados, seja pessoa física ou jurídica, ente privado ou público. Parece-nos que por “órgão” ou “entidade especializada” será possível sustentar a intervenção inclusive de entes desprovidos de personalidade jurídica, como órgãos públicos e pessoas jurídicas sem registro.

¹¹⁰ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 539.

Também está previsto textualmente a possibilidade de intervenção espontânea ou provocada, tal qual classificação anteriormente exposta.

Acerca do prazo para manifestação, diz-se que será de 15 dias da intimação, devendo-se observar que é aplicável o artigo 219¹¹¹ (computam-se apenas os dias úteis), bem como o artigo 231,¹¹² no tocante ao termo inicial.

O parágrafo primeiro do artigo 138 afasta a possibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal, na hipótese de eventual ente federal vir a se manifestar, ressalvando quando opuser embargos de terceiro ou recurso das decisões que julgarem o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O parágrafo segundo trata dos poderes com que os juízes podem admitir a intervenção, no que lançamos referência ao que expomos no item anterior (“e”), inclusive com relação à produção probatória, sustentação oral, dentre outros.

O parágrafo terceiro ainda possibilita o recurso do *amicus curiae* em face da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, denotando a importância que o Código confere ao instituto, na medida em que contribuirá para a formação da melhor decisão judicial e não terá que se conformar com a inércia das partes quando o julgamento puder deitar reflexos na formação de um precedente.

Análise reflexa ainda do parágrafo primeiro do artigo 138 possibilita inferir que o *amicus curiae* poderá, em qualquer hipótese, embargar da decisão (artigo 1.022¹¹³).

¹¹¹ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

¹¹² Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo: I – a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio; II – a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça; III – a data de ocorrência da citação ou da intimação, quando ela se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria; IV – o dia útil seguinte ao fim da dilação assinada pelo juiz, quando a citação ou a intimação for por edital; V – o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica; VI – a data de juntada do comunicado de que trata o art. 232 ou, não havendo esse, a data de juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta; VII – a data de publicação, quando a intimação se der pelo Diário da Justiça impresso ou eletrônico; VIII – o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria. § 1º Quando houver mais de um réu, o dia do começo do prazo para contestar corresponderá à última das datas a que se referem os incisos I a VI do *caput*. § 2º Havendo mais de um intimado, o prazo para cada um é contado individualmente. § 3º Quando o ato tiver de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação. § 4º Aplica-se o disposto no inciso II do *caput* à citação com hora certa.

¹¹³ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III – corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Ainda quanto aos recursos, pensamos haver uma inconsistência na redação. É que a despeito do *caput* do artigo 138 dizer que a decisão que admite a participação do *amicus* é irrecorrível, o artigo 1.015, inciso IX¹¹⁴ prevê o cabimento de agravo de instrumento da decisão interlocutória que verse sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, gênero ao qual o próprio Código incluiu o *amicus curiae*.

Se de um lado a redação do artigo 138 seria específica para o *amicus*, vedando a interposição de recursos, parece-nos que tal entendimento poderia configurar-se excessivamente arbitrário. Talvez uma solução ao impasse seria admitir que a irrecurribilidade da decisão que se refere o *caput* seja referente ao previsto no § 2º do artigo 138, isto é, quanto aos poderes com os quais o juízo admite a intervenção do *amicus*. Quanto à própria intervenção, aplicável o artigo 1.015, inciso IX.

Destaque-se ainda que o novo Código de Processo Civil prevê o *amicus curiae* em outros momentos, como por exemplo, ao tratar do incidente de argüição de inconstitucionalidade (Art. 950, § 3º¹¹⁵), no incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 983¹¹⁶), na aferição de repercussão geral (artigo 1.035, § 4º¹¹⁷) e no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (artigo 1.038¹¹⁸).

Em nosso sentir, todas as previsões correspondem a hipóteses de intervenção de *amicus curiae*, que no novo Código de Processo Civil terá se consagrado como instituto usual

¹¹⁴ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros.

¹¹⁵ Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal. § 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos. § 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹¹⁶ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. § 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

¹¹⁷ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁸ Art. 1.038. O relator poderá: I – solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II – fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; III – requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

no ordenamento jurídico brasileiro, sempre com a finalidade de contribuir para a qualidade das decisões judiciais e para a estabilização dos precedentes.

3. BREVES NOÇÕES ACERCA DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988 inaugurou verdadeiro marco jurídico, fundando um Estado absolutamente desvinculado das práticas pretéritas não democráticas. Diversos são os elogios que se podem tecer a referido texto. Dentre eles, temos que a previsão constitucional da Defensoria Pública como uma das Funções Essenciais à Justiça é uma das brilhantes opções que o Constituinte tomou em favor do povo brasileiro.

Com efeito, a Defensoria Pública é a instituição responsável por conferir o acesso à Justiça¹¹⁹ à parcela mais vulnerável da população, isto é, não só acesso ao Poder Judiciário, como também educação em direitos e demais práticas de solução de conflitos. Daí dizer-se que a Constituição Federal de 1988 inovou ao abandonar o conceito de assistência *judiciária* e a prever a assistência *jurídica*¹²⁰.

O artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal garante ao cidadão necessitado a assistência jurídica integral e gratuita, viabilizando o inciso XXXV do mesmo dispositivo ao prever que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Contudo, ao menos três são os obstáculos para o acesso à Justiça: econômico, cultural e organizacional. Por obstáculo econômico compreende-se a carência de recursos financeiros. O impasse cultural é decorrência do desconhecimento de direitos. Por fim, o obstáculo organizacional corresponderia à dificuldade de enfrentamento coletivo de desafios comuns a toda sociedade¹²¹.

Para o enfrentamento de tais obstáculos, no artigo 134 da Constituição Federal estabeleceu que a Defensoria Pública prestará assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, tendo o Constituinte adotado o modelo público, o que posteriormente veio a ser ratificado e recomendado pelas Resoluções nº 2.656/11¹²² e nº 2.714/12¹²³ da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1988. Os autores conferem ao acesso ao Acesso à Justiça *status* do mais básico dos direitos humanos, requisito fundamental de um sistema jurídico moderno, pois sem ele nenhum direito se concretiza.

¹²⁰ Por oportuno, merecem ser diferenciados três conceitos diversos. A gratuidade judiciária corresponde às isenções de custas do processo (Lei nº 1.060/50). A assistência judiciária era modelo que permitia apenas o acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário, tal qual realizado pelas procuradorias de assistência judiciária, por exemplo. Por fim, a assistência jurídica compreende não só o patrocínio judiciário, mas também atividades de resolução extrajudicial de conflitos, aconselhamento, informação jurídica, educação e conscientização em direitos.

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça 3ª Edição*, Ed. Cortes, São Paulo, 2007. Acerca do tema, ainda afirma o autor: “O tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídicoformal e desigualdade socioeconômica”.

¹²² http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf

¹²³ http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/246/RES._2714.pdf

No plano internacional vale mencionar a Opinião Consultiva nº 18/03 da Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁴, a qual, no item 126, reconheceu a partir do Pacto de San José (Convenção Interamericana de Derechos Humanos de 1969) que é possível inferir o direito fundamental à existência de Defensoria Pública, pois não basta o direito de acesso à Justiça para aqueles que não possuem renda suficiente para arcar com os custos de um advogado particular se não há Defensores Públicos aptos a atuarem no interesse destes cidadãos.

Recentemente a Emenda Constitucional nº 80/14 alterou o artigo 134 da Constituição Federal, não deixando dúvidas acerca do modelo público adotado, bem como da imprescindibilidade da Defensoria Pública para o acesso à Justiça¹²⁵ e para a tutela dos direitos humanos.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

¹²⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Nesse sentido: “126. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.”

¹²⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

Referido dispositivo constitucionalizou o que já previa a Lei Complementar nº 80/94, alterada pela Lei Complementar nº 132/09, acerca das atribuições da Defensoria Pública. Com isso, a Defensoria Pública reforça e instrumentaliza a democracia, na medida em que permite o acesso e a participação dos necessitados na Justiça, indistintamente e mediante a representação adequada.

Assim, temos que configuram objetivos da Defensoria Pública a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direitos, a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios da ampla defesa e do contraditório (artigo 3º-A da Lei Complementar nº 80/94)¹²⁶.

São ainda funções institucionais da Defensoria Pública (a) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (b) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (c) promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (d) prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; (e) exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (f) representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (g) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (h) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (i) impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; (j) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (k) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de

¹²⁶ Merece destaque a correspondência do dispositivo citado com os artigos inaugurais e fundantes da Constituição Federal, demonstrando o grau de compatibilidade da Defensoria Pública com a ordem vigente no País.

necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (l) acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; (m) patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; (n) exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; (o) atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; (p) atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; (q) atuar nos Juizados Especiais; (r) participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; (s) executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (t) convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais (Art. 4º da Lei Complementar nº 80/94).

Dentre todas as atribuições da Defensoria Pública, mister ressaltar para fins deste trabalho o dever de atuar na defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais. Também deve ser destacada a promoção dos direitos humanos como atribuição estrutural da Defensoria Pública.

Por essa razão, inclusive, que o Ministro Celso de Mello afirmou que “a Defensoria Pública é o instrumento jurídico institucional concebido pelo Estado brasileiro para permitir que as promessas constitucionais, notadamente em tema de direitos civis, econômicos e sociais, não se tornem proclamações vãs, retóricas e inconseqüentes.”¹²⁷

Exemplo da essencialidade da Defensoria Pública na defesa dos direitos dos necessitados, com especial atenção não só àqueles hipossuficientes econômicos, mas também às pessoas privadas de liberdade, em situação de rua ou com problemas de moradia, com uso problemático de drogas, idosos, crianças e adolescentes, negros, deficientes, população LGBTT, dentre outros segmentos marginalizados da população, tem o dever-poder de ingressar com ações coletivas, nos termos do artigo 5º, inciso II da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil

¹²⁷ STF, ADI/RJ, 3.643-2.

Pública), com redação dada pela Lei nº 11.448/07¹²⁸, consagrando o que há muito já se defendia na doutrina¹²⁹, como imperativo para o acesso à Justiça dos mais necessitados.

Com efeito, um dos instrumentos que potencializa a atuação da Defensoria Pública certamente é a ação civil pública, possibilitando o que hodiernamente se denomina de justiciabilidade dos direitos sociais.

Nesse sentido, merece destaque o Relatório elaborado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos¹³⁰, o qual dá conta de cinquenta atuações coletivas da Defensoria Pública em todo o Brasil. Apenas exemplificativamente, noticiamos o (i) Termo de ajustamento de conduta visando facilitar a gratuidade, no transporte público, para pessoas com deficiências físicas e mentais em São Paulo (ii) a Ação civil pública pleiteando o funcionamento permanente das creches na cidade de São Paulo, (iii) a Ação civil pública para proibir a raspagem forçada de cabelos de adolescentes internados em Ribeirão Preto, (iv) as Ações civis públicas contra a revogação em massa dos termos de permissão de uso concernentes a mais de 4 mil comerciantes de rua regularizados em São Paulo, (v) a Ação civil pública ambiental com foco em centenas de pequenos agricultores do interior paulista prejudicados pela expansão desregrada do cultivo de eucalipto, (vi) Termos de ajustamento favorecendo idosos contratantes de planos de saúde

¹²⁸ Em face do dispositivo legal foi proposta a ADIn nº 3.943 perante o Supremo Tribunal Federal, ao que parece mais por puro corporativismo do que efetivamente razões de ordem técnica. De toda sorte, a questão será julgada pela mais alta Corte.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública*. In Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 4, vol. 2, São Paulo, 2011, p. 143/166. Nesse sentido: “Em estudo posterior, ainda afirmei surgir, em razão da própria estruturação da sociedade de massa, uma nova categoria de hipossuficientes, ou seja a dos *carentes organizacionais*, a que se referiu Mauro Cappelletti, ligada à questão da vulnerabilidade das pessoas em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea. Da mesma maneira deve ser interpretado o inc. LXXIV do art. 5º da CF: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem **insuficiência de recursos**” (grifei). A exegese do termo constitucional não deve limitar-se ao recursos econômicos, abrangendo recursos organizacionais, culturais, sociais. Saliente-se, ainda, que a necessidade de *comprovação* da insuficiência de recursos se aplica exclusivamente às demandas individuais, porquanto, nas ações coletivas, esse requisito resultará naturalmente do objeto da demanda – o pedido formulado. Bastará que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos sejam necessitados. E, conforme já decidiu o TRF da 2ª Região, nada há nos artigos 5º, LXXIV e 134 da CF que indique que a defesa dos necessitados só possa ser individual¹²⁹. Seria até mesmo um contrassenso a existência de um órgão que só pudesse defender necessitados individualmente, deixando à margem a defesa de lesões coletivas, socialmente muito mais graves. Conforme bem observou Boaventura de Souza Santos, daí surge “**a necessidade de a Defensoria Pública, cada vez mais, desprender-se de um modelo marcadamente individualista de atuação**”. Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça - de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. (...) Conclui-se, assim, que a atuação da instituição na defesa de interesses difusos tem sido de grande relevância, contribuindo para ampliar consideravelmente o acesso à justiça e para a maior efetividade das normas constitucionais.”

¹³⁰ http://www.anadep.org.br/wtksite/I-RELAT_RIO-NACIONAL.pdf

da Unimed, (vii) Ação civil pública em prol das vítimas da exposição ao amianto, dentre tantas outras hipóteses.

Em síntese, temos que a defesa dos interesses dos necessitados, titularizada pela Defensoria Pública como atribuição institucional, deve ser o mais ampla possível, podendo ser veiculada individualmente ou de maneira coletiva.

Nessa medida, analisaremos no capítulo seguinte a possibilidade da Defensoria Pública ingressar em nome próprio e a título de *amicus curiae*, dada a sua representatividade adequada, cuja legitimidade foi conferida pela Constituição Federal, para salvaguardar interesses institucionais, a saber, a promoção dos direitos humanos, a redução das desigualdades sociais e a defesa dos necessitados.

4. A DEFESA DE INTERESSES PELO *AMICUS CURIAE* E A DEFENSORIA PÚBLICA

Até o momento ocupamo-nos em evidenciar de maneira separada a natureza jurídica do *amicus curiae*, bem como o perfil e as atribuições institucionais da Defensoria Pública. Na sequência buscaremos encontrar uma zona de confluência entre ambos.

No entanto, antes de enfrentarmos tal questão importa esclarecer a desejável generalização do *amicus curiae*, seja pelas leis comentadas no decorrer do trabalho, seja pela redação do artigo 138 do Novo Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de intervenções atípicas.

Certamente o novo diploma legal contribuirá substancialmente para tornar o *amicus curiae* figura ainda mais conhecida e cotidiana no foro.

Com efeito, na redação atual do Código de Processo Civil haveria ao menos quatro dispositivos que autorizariam a admissão generalizada e atípica do *amicus curiae*. Reportamo-nos aos artigos 335, 339, 341, incisos I e II, 412, §2º e 427, todos do Código de Processo Civil atual, sem prejuízo da possibilidade do juiz, enquanto destinatário da prova, requerer sua produção (artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973), ainda que se trate de prova atípica.

Contudo, a previsão do artigo 138 é deveras salutar, evitando maiores devaneios. E nessa medida, SCARPINELLA BUENO¹³¹ se posiciona:

“O que nos parece fundamental colocar em relevo, no entanto, é diverso. Queremos chamar a atenção para a circunstância de que a ‘sistematização’ da intervenção de um terceiro na qualidade de *amicus curiae* só tem a enriquecer o debate judiciário de questões que, por definição, dizem respeito a toda coletividade não identificável concretamente e não necessariamente subjetivada ou, mais importante, adequadamente representada nos dois pólos do litígio, ocupados pelo autor e pelo réu”.

Com efeito, a expansão da figura do *amicus curiae* se justifica pela crescente abertura e complexidade das normas jurídicas, bem como pelo avanço da doutrina de efeitos persuasivos e vinculantes dos precedentes¹³².

¹³¹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 557/558.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª edição revista e atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

Nesse sentido, mais uma vez SCARPINELLA BUENO¹³³ exemplifica:

“Mais do que nunca, portanto, não há como negar que, também entre nós, o ‘precedente jurisprudencial’ tem valor que vai além da mera *persuasão*. Quando menos, que seu valor *persuasivo* não pode mais ser desconsiderado ou tido como algo *ineficaz*. (...) O Superior Tribunal de Justiça editou, em 2005, a Súmula 309 nos seguintes termos: ‘O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo. Comparado o enunciado tal qual redigido com os precedentes da Súmula, era perceptível um equívoco na sua redação. A Associação dos Advogados de São Paulo deliberou, por isso mesmo, enviar ao STJ ofício que dava conta do ocorrido e pedia providência no sentido de ser modificado o enunciado porque, em última análise, sua aplicação acarretaria resultado diametralmente oposto do que aquele Tribunal havia decidido reiterada e majoritariamente. No julgamento do HC 53.068/MS, perante a 2ª Seção, a relatora, Ministra Fátima Nancy Andrighi, deliberou modificar o enunciado da Súmula 309, dando conta do equívoco de seu enunciado e o fez, fazendo menção expressa inclusive ao ofício da AASP. (...) É importante destacar que a AASP não era e nem poderia ser ‘parte’ no processo em que a Súmula foi modificada. Ela também não poderia pleitear sua ‘intervenção’ na qualidade de terceiro observando as regras (tradicionais) do Código de Processo Civil. (...) O que a AASP fez foi tutelar interesses ‘institucionais’ que vão, por definição, além dos interesses de seus associados como indivíduos (como advogados) mas que dizem respeito, em última análise, ao exercício da *advocacia* e, por isso mesmo, relacionam-se intimamente, é aqui que nos parece importante chegar ao Estado Democrático de Direito brasileiro.”

Em verdade, no exemplo dado a AASP atuou como verdadeiro *amicus curiae* sem que tenha sido observado qualquer procedimento. Contudo, sua atuação foi decisiva para a formação da melhor decisão judicial.

Outrossim, considerando a proximidade teórica entre o *amicus curiae* e o processo coletivo, em um primeiro momento SCARPINELLA BUENO¹³⁴ sustenta que podem intervir no processo como *amicus curiae* todos aqueles entes que a lei brasileira prevê como legitimados para as ações coletivas e que têm conseqüentemente o reconhecimento expresso do legislador de serem representantes adequados dos interesses coletivos.

¹³³ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p.567/569.

¹³⁴ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p.576.

A partir desta reflexão já seria possível imaginar a atuação da Defensoria Pública como *amicus curiae* em processos que possuam partes (autor e réu) bem delineadas, mas que repercutam em suas atribuições institucionais, como a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados.

Mutatis mutandis, é fundado em tal raciocínio jurídico que SCARPINELLA defende a atuação da OAB como *amicus curiae*:

“a OAB tem tudo para assumir, justamente por causa de suas finalidades institucionais, que não se limitam à tutela das prerrogativas do advogado (art. 14, I e II, da Lei nº 8.906/94), papel de destaque, verdadeiramente diferenciado, no exercício da função de *amicus curiae* nas mais amplas situações, dando voz ativa aos mais variados anseios espalhados pela sociedade civil – e não apenas aos relativos à classe dos advogados – e, que ela, OAB, tem condições de capturar (de *ouvir*) no plano externo ao processo e fazê-los representar, por isso mesmo, adequadamente em juízo, viabilizando, com tal iniciativa, *melhor* decisão jurisdicional”.¹³⁵:

“O art. 49 da Lei nº 8.906/94 poderia dar a *falsa* impressão de que a atuação da OAB na qualidade de *amicus curiae* seria limitada àqueles casos em que são questionados, em juízo (ou administrativamente), as prerrogativas profissionais do advogado. Não é. O seu atuar como órgão fiscalizatório daquela profissão é apenas uma de suas missões (Art. 44, inciso II, da Lei nº 8.906/94). A Ordem dos Advogados do Brasil, mercê de suas amplíssimas finalidades institucionais, deve ser aceita para atuar na qualidade de *amicus* em outras situações, que não estejam circunscritas à questão especificamente prevista naquele dispositivo legal. Com efeito. De acordo com o inciso I do artigo 44 da precitada lei, a OAB também tem por finalidade ‘defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. (...) Nessas condições, a OAB pode atuar como *amicus curiae* para a tutela de todos aqueles bens jurídicos, que dizem respeito, intimamente, à própria conformação do Estado brasileiro à ordem jurídica e seu desenvolvimento. Tal iniciativa só pode ser obstada naqueles casos em que a OAB, ela mesma, tome a iniciativa, com base no mesmo dispositivo legal, de tutelá-los na qualidade de autor, o que é amplamente aceito no ambiente do ‘processo civil coletivo’”.¹³⁶

¹³⁵ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p.576/577

¹³⁶ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 332/333

Nesta medida, evidente a possibilidade da Defensoria Pública atuar na qualidade de *amicus curiae* sempre que pretender contribuir para a prolação de uma melhor decisão judicial no que tange aos temas que são afetos às suas atribuições, isto é, na medida que detenha interesse institucional.

Mesmo porque, os mecanismos de democracia previstos na Defensoria Pública dão vazão à imensa possibilidade de captação de informações extra-processuais que contribuirão na atividade judicante. Refiro-me aqui às audiências públicas (artigo 4º, inciso XXII da Lei Complementar nº 80/94), à ouvidoria externa (artigo 105-A a 105-C da Lei Complementar nº 80/94), que possibilita contato próximo com a sociedade civil, o plano de atuação institucional (artigo 102, § 2º da Lei Complementar nº 80/94).

Especificamente na Defensoria Pública do Estado de São Paulo somam-se ainda outros importantes instrumentos de participação popular, tais como o *Momento Aberto*, previsto no artigo 31 da Deliberação nº 01/06, com redação dada pela Deliberação nº 275/13, por meio do qual qualquer pessoa pode se dirigir livremente aos membros do Conselho Superior da Defensoria Pública e expor um assunto que julgue relevante para a instituição ou para a sociedade.

Vislumbra-se ainda a possibilidade da Defensoria Pública ingressar como *amicus curiae* em eventuais processos que questionem de alguma forma as prerrogativas institucionais em ações de responsabilidade civil propostas contra membros.

Ora, sendo a instituição constitucionalmente autônoma, ninguém melhor do que ela própria se manifestar para informar o magistrado do conteúdo de determinada prerrogativa, ou do que se esperava da atuação do membro em determinado processo.

Mutatis mutandis, é o que GODINHO¹³⁷ concluiu ao analisar as mesmas questões relacionadas ao Ministério Público. No entanto, endossamos os mesmos comentários tecidos por SCARPINELLA BUENO¹³⁸:

“É dizer, desenvolvido e fixado o conceito de interesse *institucional* com o que aderimos expressamente, não há sentido em entender a intervenção do Ministério Público para a defesa das prerrogativas de seus, membros como caso de assistência simples, mesmo com os acentos de uma assistência diferenciada, *sui generis*. (...) Trata-se, sem dúvida nenhuma, de um agir que tem tudo para assumir a posição

¹³⁷ GODINHO, Robson Renault. *Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico*, in Aspectos Polêmicos e Atuais da Intervenção de Terceiros, cord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 817/859.

¹³⁸ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 579/580.

processual do *amicus curiae*, forte na ‘institucionalização’ de seu direito. Sua pretensão é a de esclarecer o juízo, dando-lhe todas as informações possíveis de como devem ser aplicadas e entendidas, no caso concreto, as prerrogativas e misteres funcionais da instituição. (...) Não é, repetimos, em prol do indivíduo que agirá o Ministério Público na qualidade que aqui propugnamos. É em nome da instituição, dos valores e dos ‘interesses’ da própria instituição”.

Por fim, independentemente da construção que fizemos anteriormente acerca da possibilidade de intervenção da Defensoria Pública na qualidade de *amicus curiae* para a defesa dos interesses institucionais, em especial para a promoção dos direitos humanos e defesa dos necessitados, bem como para o resguardo e esclarecimento de prerrogativas e funções, é certo que pelo desenvolver de todo o raciocínio jurídico que amparou o trabalho, não poderíamos deixar de concluir pela possibilidade ampla e irrestrita de que qualquer um que se apresente como representante adequado de determinado interesse relevante se apresente em juízo para defendê-lo.

Em outras palavras, não seriam apenas a Defensoria Pública, os demais entes legitimados para as ações coletivas ou órgãos públicos aptos a exercer a função de *amicus curiae*, mas sim qualquer um que apresente-se provido de representatividade adequada acerca de matéria relevante, irradiando o artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 para todo o ordenamento.

De certa medida, é o que se terá, acaso sancionado o novo Código de Processo Civil, em especial, o artigo 138, inclusive admitindo textualmente a intervenção da pessoa natural, isto é, o indivíduo *uti singuli*. E assim, finalizamos com a provocação daquele que nos acompanhou durante todo o trabalho:

“Para nos livrarmos das amarras de outrora, o ‘assistente’, o ‘fiscal da lei’, o ‘perito’ (mesmo as ‘testemunhas’), todos esses *sujeitos do processo* podem (e devem) abrir espaço para outra figura, outro sujeito, que não usurpa o seu papel, que não pretende colocar-se nos seus lugares, ocupando-os e excluindo seus tradicionais titulares. Sua função é outra, diversa. Mas desempenha função que as *complementa*, que se faz necessária para que vozes sem boca, ao menos no plano do direito processual, possa ser ouvidas, devidamente *representadas*, em prol do aprimoramento e aprofundamento da *qualidade* da cognição jurisdicional. Porque o juiz não é mais só a boca da lei. E sua decisão

já não afeta, queira ou não queira, somente aqueles poucos dois que se encontram na sua frente”.¹³⁹

¹³⁹ BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 467

5. CONCLUSÃO

O *Amicus Curiae* é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, posto que a despeito de diversas previsões de longa data (artigo 31 da Lei nº 6.835/76, artigo 57 da Lei nº 9.279/96, artigo 5º da Lei nº 9.469/97, artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99, artigo 118 da Lei nº 12.529/11, dentre outras hipóteses legais), sempre houve muita dificuldade em se reconhecer alguma unidade.

Com efeito, muito se preferiu no passado designar todas essas intervenções como *anômalas*, vinculados a uma concepção individualista de processo, mas dissociada aos reclamos do mundo hodierno, seja a especialização das ciências e do próprio Direito ou o avanço da teoria dos precedentes.

Talvez em razão da abertura conferida aos *amicus curiae* a partir dos anos 2000 especialmente no Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações pelo controle concentrado de constitucionalidade, bem como da contribuição dada na melhora qualitativa das decisões judiciais, o instituto tem se desenvolvido nos últimos tempos, chamando a atenção da jurisprudência, da doutrina e do próprio legislador.

Assim, conforme analisado, o novo Código de Processo Civil representará grandiosos avanços no tema e, em nosso sentir, consolidará a atuação do *amicus curiae* no foro brasileiro.

Logo no início do trabalho nos propusemos a analisar a figura do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a analisar se poderia a Defensoria Pública valer-se de tal roupagem para a tutela de interesses institucionais.

A questão que se colocava era saber se o *amicus curiae* poderia fazer a defesa de interesses ou deveria se limitar a contribuir para a prolação da melhor decisão.

Nossa pesquisa iniciou com o estudo do direito comparado e histórico do instituto, mas revelou que era necessário aproximar o *amicus curiae* de outros institutos jurídicos já consagrados, como o assistente, o perito e o *custos legis*, sem descuidar do mais importante: embora houvesse coincidências pontuais entre os institutos, eles não se confundem. O *amicus curiae* já apresenta feição própria no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebemos que um traço identificar e fundamental do *amicus curiae* reside na sua imparcialidade. É evidente que, o teor de sua manifestação poderá beneficiar uma ou outra parte, mas que sua atuação jamais pode levar em consideração aspectos subjetivos, sob pena de criarmos a indesejável figura do *litigant amicus*.

Outra conclusão obtida diz respeito ao fundamento da intervenção do *amicus*, isto é, o que deve estar presente para que ele seja admitido. Nas hipóteses típicas de *amicus*, ou seja,

quando a própria Lei prevê a intimação de determinados entes (CADE, INPI, CVM), a questão não se colocaria. No entanto, para as hipóteses de intervenção atípicas, era necessário identificar algo que fundamentasse a sua intervenção.

E nesse sentido, adotando a tese de Cássio Scarpinella, concluímos que o traço característico do *amicus curiae* é seu interesse institucional, cabendo-lhe, como representante adequado de interesses dispersos na sociedade, fazer a defesa da lei material. Segundo Scarpinella, com o que concordamos, o *amicus curiae* seria uma espécie de *custos legis* material.

O conceito de interesse institucional é fundamental para compreender o instituto e é a premissa que autoriza a desvinculação do modelo individualista de processo e de intervenção, fundada na assistência e no interesse jurídico.

Assim, outra conclusão que podemos chegar é que o *amicus curiae* deve sempre ser imparcial, buscando trazer elementos dispersos na sociedade para uma melhor decisão judicial, de modo que, ainda que indiretamente, sua atuação repercuta na defesa de interesses institucionais.

Na medida em que se exige representatividade adequada do *amicus*, uma primeira conclusão poderia ser de que todos os legitimados para as ações coletivas portariam, *ex lege*, referida representatividade.

Especificamente no tocante à Defensoria Pública, teria legitimidade para intervir como *amicus curiae* em situações que envolvessem interesses institucionais, tais como a promoção dos direitos humanos e a defesa dos necessitados em sentido *lato*. Poderia ainda a Defensoria Pública intervir em nome próprio, como *amicus curiae*, para esclarecer os limites das prerrogativas institucionais ou da conduta de determinado membro, em eventuais ações que questionassem, por exemplo, indenizações por responsabilidade funcional.

Outrossim, parece-nos que conferir legitimidade apenas àqueles que a possuem para as ações coletivas seria apequenar o *amicus curiae*, o qual está em franca expansão. Ora, tendo o indivíduo legitimidade para a ação popular, a qual o toma como representante adequado, por que não poderia intervir a título de *amicus curiae* em outros feitos?

Evidentemente que a análise do ingresso do *amicus curiae* será casuísta e dependerá em muito da abertura que os juízes tiverem para colher os interesses institucionais dispersos na sociedade. Contudo, o novo Código de Processo Civil, que aguarda sanção presidencial, é bastante feliz nas previsões que faz a respeito do *amicus curiae*.

Com efeito, se muito se disse que o novo *códex* buscaria a celeridade processual como um de suas características marcantes, previsões como a da participação do *amicus curiae* apenas

revelam a preocupação com a qualidade das decisões e com a consolidação e a expansão da democracia brasileira.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process: an Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 1975.

- ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade civil e democracia: a participação da sociedade civil como amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado, PUC/SP, São Paulo, 2006.

- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

- BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade – Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

- BUENO. Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, Um Terceiro Enigmático*. 3ª edição revista e atualizada, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1988.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Intervenção da União Federal como amicus curiae*. Revista de Processo, v. 111. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

- _____. *Mandado de Segurança. Assistência e Amicus Curiae*, in Revista de Processo, v. 112, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

- _____. *Intervenção de Terceiros*. 19ª Edição, Ed. Saraíva, 2010, São Paulo.

- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Intervenção Anômala: a intervenção de terceiro pelas apessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997*, in Aspectos Polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, coordenação de Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

- DIDIER JR., Fredie. *A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art. 31 da Lei Federal 6.385/1976)*, in Revista de Processo v. 115, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

_____. *Poderes do Assistente Simples no novo Código de Processo Civil: notas aos arts. 121 e 122 do projeto, na versão da Câmara dos Deputados*”, p. 4. Acessado em 12.01.2015, in <http://www.frediedidier.com.br/artigos/poderes-do-assistente-simples-no-novo-codigo-de-processo-civil-notas-aos-arts-121-e-122-do-projeto-na-versao-da-camara-dos-deputados>

_____. *Recurso de Terceiro: Juízo de Admissibilidade*. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 6ª edição revista e atualizada, Ed. Malheiros, São Paulo, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. 6ª edição revista e atualizada, Ed. Malheiros, São Paulo, 2009.

- GODINHO, Robson Renault. *Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico*, in Aspectos Polêmicos e Atuais da Intervenção de Terceiros, coord. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública*, In Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ano 4, vol. 2, São Paulo, 2011, p. 143/166

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes Ferreira, S.A. Fabris, Porto Alegre, 1997

- KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. *Yale Law Journal*, v. 72, 1962,
- LOWMAN, Michael K. *The litigating amicus curiae: when does the party begin after the friends leave?*, acessado no sítio virtual: <http://www.americanuniversitylawreview.com/pdfs/41/41-4/lowman.pdf> em 22.12.2014
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª edição revista e atualizada, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001.
- MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* Saraiva, São Paulo, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Guilherme Peña. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 2ª Edição, Lúmen Iures, Rio de Janeiro, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve Notícia Sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*”, in Revista de Processo v. 111. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade: Uma Abordagem Teórica e Jurisprudencial*
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*, 8ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- PRÁ, Carlos Gustavo Del. *Amicus Curiae. Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Ed. Juruá, Curitiba, 2007

- RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: Democratização da Jurisdição Constitucional*. Dissertação de Mestrado sob a orientação do prof. Elival da Silva Ramos, Universidade de São Paulo, 2009

- RÓNAI, Paulo. *Não perca o seu latim*, 5ª edição, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1980.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça* 3ª Edição, Ed. Cortes, São Paulo, 2007.

- SILVESTRI, Elisabeta. *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Ano LI, n. 3, 1997.

- TAVARES, Osvaldo Hamiltin. *A CVM como "amicus curiae"*. Revista dos Tribunais nº 69, RT, São Paulo, 1993.

- TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. Rochester: E. R. Andrews Printing, 1905.

- TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luis Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- WAINTROB, Ilan Drukier. *A Intervenção do Amicus Curiae no Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade em Matéria Penal e Processual Penal Perante o Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado, PUC/SP, São Paulo, 2012.

- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Amicus curiae - afinal quem é ele?", Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 34, dez. 2006.

- Sítios Eletrônicos:
- (i) <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/amicus-curiae/amicus-cels.pdf>. Acesso em 22.12.2014.

- (ii) http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf , acesso em 22.12.2014.

- (iii) <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=222743> , consultado em 22.12.2014.
- (iv) http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/11698/AG_RES_2656_pt.pdf. Acesso em 26.02.2015.
- (v) http://www.aidef.org/wtksite/cms/conteudo/246/RES._2714.pdf. Acesso em 26.02.2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em 26.02.2015
- (vi) Regulamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, acessado em 22.12.2014 no sítio eletrônico http://supreme.findlaw.com/supreme_court/rules/part7.html
- (vii) Código de Processo Civil Francês, acessado em 22.12.2014 no sítio eletrônico http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=7BAF2439BEC69127AD97ADF1C10E167E.tpdjo07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006149654&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20141222
- (viii) Código de Processo Civil Italiano, acessado em 22.12.2014 no sítio eletrônico <http://www.gdp3000.it/files/12211.pdf>
- (ix) http://www.anadep.org.br/wtksite/I-RELAT_RIO-NACIONAL.pdf